

הועתק והוכנס לאינטרנט
www.hebrewbooks.org
ע"י חיים תשע"א

הערות וציונים

על מסכת בבא מציעא

פרקים השוכר את האומנין
השוכר את הפועלים
השואל

נכתב בס"ד ע"י א. אוסטרן

תשס"ו
בני ברק

לע"נ

ר' אלקנה בן שמואל אוסטרן זצ"ל
נלב"ע כ' כסליו תשכ"ח

מרת חייענא אוסטרן בת ר' אריה הכהן ע"ה
נלב"ע ט"ז תמוז תש"ל

ר' יחזקאל שרגא בן משה ז"ל הי"ד
נלב"ע ט"ז אלול תש"ד

מרת גיטל בת הרב נתן ע"ה הי"ד
נלב"ע ד' סיון תש"ד

דוד בן יחזקאל שרגא ז"ל הי"ד
נלב"ע כ"ה אייר תש"ח

ת.נ.צ.ב.ה.

הכתובת:

הרב סורוצקין 4, בני ברק
טל. 03-6197124

להשיג בירושלים בטל. 02-5828515

מסכת ב"מ פרק השוכר את האומנין

השוכר את האומנין. נחלקו הראשונים בגדר שיעבודו של פועל לבעה"ב. הרמב"ם כתב בפ"ג ממכירה הט"ו שאין אונאה בשכירות פועלים מפני שהשוכר את הפועל הרי הוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה. הרמב"ן והריטב"א בב"מ נ"ו: וכן הנ"י שם בשם הרשב"א כתבו שמה שאין אונאה בשכירות פועלים הוא משום דלא הוי מכר דאינו אלא שיעבוד ולא קנין. וכתב המחנ"א בהל' שכירות פועלים ס' א' דמחלוקת הרמב"ם ושאר הראשונים בזה הוא שהרמב"ם ס"ל שיש לבעה"ב קנין הגוף בפועל, ולכן ס"ל דדמי לעבד שהוקש לקרקע ואין בו אונאה. והחולקים ס"ל שאין קנין הגוף בפועל אלא רק שיעבוד לעשיית הפעולה, ולכן אין זה נחשב כקרקע ומה שאין בו אונאה הוא מפני שאינו קנין כלל אלא רק שיעבוד בעלמא. [וממה דסבר הרמב"ם שפועל דינו כקרקע מוכח דס"ל כשיטת רש"י בקידושין ז'. שלא רק עבד כנעני הוקש לקרקע אלא גם בנ"ח הוקש לקרקע. שלפי שיטת התוס' שם רק עבד כנעני הוקש לקרקע ולא בנ"ח ולא עבד עברי וא"כ אפי' אם יש קנין הגוף בפועל אין זה סיבה למעטו מדין אונאה. ודברי הקצה"ח בס' צ"ה סק"ח שכתב שדעת הרמב"ם כתוס' שרק ע"כ הוקש לקרקע ומישיב בזה מה שמקשה הראב"ד בפ"ה מט"נ ה"ב על הרמב"ם דס"ל שדמי קרקע כקרקע ולא נשבעים עליו מחבלת בי שנים דמבואר בר"ש פרק כל הנשבעין שיש בזה שבושה דאורייתא, וכתב הקצות דלא קשה משם על הרמב"ם די"ל דס"ל כשיטת התוס' שבנ"ח לא הוקש לקרקע. ודבריו לכאורה תמוהים דמפורש ברמב"ם הנ"ל בפ"ג ממכירה דס"ל שגם פועל הוקש לקרקע ולכן אין בו אונאה, ומפורש דס"ל בזה כרש"י וצ"ע].

המחנ"א שם מביא שנחלקו הראשונים בענין זה אי איכא קנין הגוף בפועל או לא. שהריטב"א לעיל י'. וכן המהר"ם בתש' כתבו שפועל גופו קנוי כע"ע. ומה שפועל יכול לחזור אפי' בחצי היום היינו משום שגם עבד עברי מגרע פדיונו ויוצא ע"כ של האדון. והתוס' בקידושין י"ז. לא ס"ל כן דכתבו בהדיא שפועל אין גופו קנוי. ולפי דברי התוס' מה שפועל חוזר אינו מדין גרעון כסף אלא מפני שאין גופו קנוי כלל. והמחנ"א שם תלה במחלוקת זו מה שנחלקו עוד הראשונים אם מה שפועל יכול לחזור בחצי היום הוא דוקא כשמחזיר את הדמים או שעדיין לא קיבל דמים, אבל אם קיבל דמים ואינו מחזירם עכשיו כמה ראשונים ס"ל שאינו חוזר. והיינו משום דס"ל שפועל גופו קנוי ומה שחוזר הוא דלא גרע מע"ע שיוצא בגרעון כסף כלשון הרא"ש בפרק הזהב. ובשם הרשב"א מביא המחנ"א שיכול לחזור בלי החזרת הדמים והמעות יהיו הלואה בידו, וכן מביא בשם המהרי"ק, ודבריו הובאו בכ"מ בפ"ט משכירות ה"ד, וכן נפסק בשו"ע ס' של"ג סע' ג'. ומוכח שמה שחוזר אינו מדין גרעון כסף, והיינו משום דס"ל שפועל אין גופו קנוי. וכן מוכיח הקצות בס' של"ג סק"ו מהתוס' לעיל י'. ד"ה כי שכתבו דאף שאסור לאדם למכור עצמו בע"ע שעובר על עבדי הם מ"מ מותר להשכיר עצמו כפועל דשאני פועל שיכול לחזור בו בכל עת שירצה ואין זה עבדות, ולא דמי לע"ע שאינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור. ואי נימא שמה שפועל חוזר הוא רק ע"י החזרת המעות ומדין גרעון כסף הרי הוא ממש כעבד עברי. אלא מוכח שהתוס' ס"ל שפועל חוזר בלי דין גרעון כסף, והיינו משום דאזלו לשיטתם דס"ל בקידושין י"ז. שפועל אין גופו קנוי.

נמצא דאיכא ג' מחלוקות בראשונים והמחנ"א תולה את שלושתן זה בזה. א. מחלוקת אם פועל גופו קנוי או לא. ב. מחלוקת אם פועל חוזר רק מדין גרעון כסף ורק ע"י החזרת הדמים או לא. ג. מחלוקת בטעם שאין אונאה בשכירות פועלים אם זה מפני שדינו כקרקע או לא.

אמנם בדברי הריטב"א יש סתירה בענין זה. שלעיל י'. ס"ל שפועל גופו קנוי, ובפרקין כתב לגבי פועל שנאנס ולא השלים פעולתו שאינו מקבל שכר על מה שלא עשה, ולא דמי לעבד עברי שאם חלה פחות מג' שנים אינו משלים, דשאני עבד שקנוי לכל מלאכה וגופו קנוי משא"כ פועל שמשועבד רק למלאכה מסוימת ואין גופו קנוי אם אינו עושה מלאכתו אף שהוא אנוס אינו מקבל שכרו. וזה כדברי התוס' בקידושין י"ז. שפועל אין גופו קנוי. וכתב בזה המחנ"א שם שאף ששיטת הרמב"ם ומהר"ם שכל פועל גופו קנוי, הריטב"א מחלק בזה בין פועל שנשכר לכל מלאכה שירצה בעה"ב שבזה כתב הריטב"א לעיל י'. שגופו קנוי לבין פועל שנשכר למלאכה מסוימת שאין גופו קנוי ורק באופן זה אינו מקבל שכר אם נאנס ולא עבד, וכ"כ הקצה"ח בסק"י שהריטב"א מחלק בין פועל לכל מלאכה לבין פועל למלאכה מסוימת. אבל הש"ך בס' של"ג סוף סקכ"ה לא ס"ל כן שכתב שמה שנקט הריטב"א שפועל אינו מקבל שכר כשלא עבד מחמת אונס הוא מפני שנשכר למלאכה מסוימת, הוא לאו דוקא אלא עיקר החילוק בין פועל לעבד הוא שעבד גופו קנוי ופועל אין גופו קנוי. ולדברי הש"ך יקשה סתירה בדברי הריטב"א. ואולי יתישב לפי מה שיבואר בסמוך בשם האחרונים שיש נ"מ בענין זה בין הקדים המעות שאז משלם בשביל הקנין לבין כשמשלם אח"כ שאז משלם עבור הפעולה ואין לו קנין.

יש לעיין בכל זה דמבואר בכמה מקומות שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או שאינו אלא לבסוף, דהיינו שהבעה"ב מתחייב שכר לפועל עבור הפעולה ולא עבור הקנין שיש לו בפועל. ואין יתכן לומר שמה שפועל חוזר בחצי היום הוא משום שמה שמוחל על שכרו הוי כגרעון כסף הרי גרעון כסף בעבד הוא ע"י כסף שכבר זכה בו העבד שקבלו עבור הקנין שקיבל בו האדון, וכשמחזיר לאדון איכא קנין לקנות עצמו מהאדון משא"כ בפועל עדיין ליכא חיוב לפועל עד עשיית הפעולה, ובמה הוא מגרע, ובמה הוא קונה חזרה את הקנין הגוף שיש לאדון בו. ועוד דלומר שפועל גופו קנוי ושזוכה בשכרו מתחילה ועד סוף הם לכאורה תרתי דסתרי. שאם גופו קנוי התשלום הוא בשביל הקנין ולא על המלאכה, והמלאכה אינה מחייבת תשלום כיון שגופו קנוי למלאכה. אך ביאור ענין זה הוא דתנן לעיל ס"ה. מרבין על השכר ואין מרבין על המכר, דהיינו שאסור למי שמוכר חפץ לומר שאם הקונה לא ישלם מיד אלא לאחר זמן ישלם יותר. דכיון שחל חיוב לשלם מיד עם הקנין מה שממתין על המעות הוא כהלואה והתוספת שמשלם הוא אגר נטר ואסור משום ריבית. אבל מרבין על השכר מפני ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וכשמשלם בסוף זה זמנו ואין זה הלואה וליכא ריבית במה שמשלם יותר כשמשלם בסוף. והקשו האחרונים דאמנם ליכא ריבית במה שמרבה על השכר כשמשלם אח"כ אבל אמאי ליכא איסור במה שמוזיל כשמשלם בתחילת השכירות. הרי אין חיוב עד הסוף והקדמת המעות הוא הלואה והזולת השכירות בשביל הקדמת המעות הוי אגר נטר. וכתב בזה הקובץ הערות בס' נ"ג אות ט' שיש שני אופנים של תשלומי שכירות א. שמשלם עבור הפעולה ואז אין שכירות משתלמת אלא לבסוף. ב. שמשלם עבור הקנין ואז חל חיוב התשלומין מיד בשעת הקנין. ומביא הקובץ"ע שמפורש כן בר"י מגש בב"ב פ"ו. וכן בשיטת"ק שם

בשם רבינו יונה ע"ש. וכדבריו כתב גם הקה"י בס' מ"ו ומבאר הקה"י בזה את דברי התוס' לקמן ע"ט: לגבי השוכר את הספינה וטבעה בחצי הדרך שאם נתן לא יטול. והקשו התוס' אמאי לא יטול הרי שכירות אינה משתלמת אלא לבסוף ואינו חייב על הפעולה שלא קיבל. ותרצו דכיון שנתן השוכר מראש נתרצה שיהא שלו לאלתר. ואינו מוכן הרי אינו חייב עדיין והמעוה אינם אלא הלואה עד זמן חיובו ולמה לא יקבל המעוה חזרה כשטבעה הספינה בחצי הדרך. ומבאר הקה"י ע"פ הנ"ל דהיכא דמשלם מראש אינו משלם בשביל הפעולה אלא בשביל הקנין, ולענין זה חיוב התשלום הוא מיד ולכן אינו חוזר. ויתכן שבזה יתישב הסתירה בריטב"א שהובא לעיל לענין אם יש קנין הגוף בפועל או לא, דתלוי אם מקדים הדמים או לא. ועיין עוד בחזו"א כ"ק ס' כ"ג סק"א שכתב שנתבאר שיש בפועלים ב' קנינים, קנין גופו כעין קנין עבד עברי, וקנין של שיעבוד מלאכה. דהיינו שיכול הפועל להשכיר עצמו למלאכה בב' אופנים או ע"י הקנאת גופו או ע"י שמשעבד עצמו למלאכה. וא"כ ליכא סתירה בזה דשניהם אמת דפעמים שגופו קנוי ופעמים שאין גופו קנוי.

יסוד דברים אלו מבואר במחנ"א שכירות פועלים ס' ג' שמביא ראשונים שכתבו שאם מקדים בעה"ב שכר לפועל אין הפועל יכול לחזור בו. וכתב ע"ז המחנ"א דהא דק"ל שישנה לשכירות מתחילה ועד סוף או שאינה אלא לבסוף היינו כשאינו משלם עד הסוף. אבל אם משלם בתחילה זכה בו הפועל ואין זה מלוה. והיינו משום דאז התשלום הוא עבור הקנין שיש לו בפועל. ומביא ע"ז המחנ"א את דברי השיטמ"ק בב"ב בשם רבינו יונה שמביא הקוב"ע, וכן מבאר בזה המחנ"א את דברי התוס' בדף ע"ט כדברי הקה"י.

ובזה ניחא מה שיש ראשונים דסברי שכל מה שפועל חוזר הוא מדין גרעון כסף וקשה איך מגרע בכסף זה הרי עדיין לא זכה בכסף ואין זה אלא מלוה בידו. ולפי מה שנתבאר דאם מקדים המעוה או שמפרש שנותן את הכסף עבור הקנין שיש לו בפועל הרי הוא חייב את כל הדמים בתחילה ככל מקח, ורק כשמשלם עבור המלאכה אמרינן שאינה משתלמת אלא לבסוף. וכשמשלם עבור הקנין שאז החזרה הוא מדין גרעון כסף שפיר איכא גרעון שכבר זכה בדמים.

ע"פ דברים אלו לכאורה יתבאר דברי הש"ך בס' ק"ה סק"א. דשיטת רש"י לעיל י. שמה שהתופס לבע"ח במקום שחב לאחרים לא קנה היינו רק כשלא עשאו שליח. והתוס' בגיטין י"א: הקשו על רש"י מכתובות פ"ד: במעשה דיימר בר חשו שמבואר שגם בשליח לא מהני תופס לבע"ח כשחב לאחרים. וכתב הש"ך שמה שכתב רש"י דשליח מהני היינו שליח בשכר שדינו כפועל ויד פועל כיד בעה"ב אבל שליח בחנם מודה רש"י דלא מהני וכזה איירי הגמ' של יימר בר חשו. וכתב רע"א בב"מ י. על דברי הש"ך דאינו מוכן מה הפרש בין בשכר לבחנם הא כל שמקבל עליו לעשות לחברו יש לו ע"ז דין פועל, וכי השכר גורם שיהיה נקרא פועל, וגם בשכר במה נקנה הא אין משתלם אלא לבסוף. ואולי י"ל שגם הש"ך מודה שגם בחנם יש דין פועל, אבל מה שפועל עדיף משליח דעלמא הוא מפני שיד פועל כיד בעה"ב, וזה בגלל שהפועל גופו קנוי לבעה"ב, וזה דוקא ע"י הקדמת המעוה שבהם הוא קונה את הקנין פועל. וכשמשלם מתחילה התשלום אינו עבור הפעולה אלא עבור הקנין שיש לו בפועל, וכזה לא אמרינן שאינה משתלמת אלא לבסוף כמו שמביא הקוב"ע מהראשונים. אמנם בלשון הש"ך משמע שמחלק בין בחנם לבשכר ולא בין הקדים מעות ללא הקדים. אבל לפי מה שהובא בשם החזו"א י"ל שכונת הש"ך דסתם פועל בחנם אינו מקנה גופו אלא רק מתחייב לעשות מלאכה ורק כשמשלם שכר אמרינן שמקנה לבעה"ב קנין בגופו כעין עבד עברי ורק בזה יד פועל כיד בעה"ב.

בעיקר מחלוקת רע"א והש"ך אם יש דין פועל רק בשכר או גם בחנם עיין במהרי"ק שהובא ברמ"א בס' של"ג סע' ה' שכתב שמה שפועל אינו יכול לחזור בדבר האבד הוא דוקא בשכר אבל בחנם חוזר. ועיין במחנ"א שכירות פועלים ס' ו' שמוכיח שכונת המהרי"ק שאינו חייב לעשות את הפעולה כלל אפי' אם רוצה בעה"ב ליתן לו שכר ע"ז ולא כש"ך שם שפירש דברי המהרי"ק שרק אם בעה"ב אינו רוצה בשכר אינו חייב בחנם. אך למעשה המחנ"א בדי"ה וראיתי למהרי"ק מביא ראיות מכמה ראשונים שגם בחנם איכא קנין פועל וגם בחנם גופו של הפועל קנוי לבעה"ב ומה"ט חולק המחנ"א על דברי המהרי"ק. וזה כדברי רע"א שאין קנין פועל תלוי בשכר ולא כש"ך בס' ק"ה.

גדר קנין הגוף שיש לבעה"ב בפועל לסוברים כן עיין באו"ש בפ"ט משכירות הי"א שהוא קנין בידי הפועל למלאכתו כמו קנין דקל לפירות יעו"ש.

כל דבר האבד וחזרו בהם שוכר עליהם או מטען. מבואר בגמ' לקמן ע"ה. שאם באתה חבילה לידו שוכר עליהם עד ארבעים וחמישים זוז, ואם לא באתה חבילה לידו שוכר עליהם רק עד כדי שכון. ונחלקו הראשונים בפשט בעד כדי שכון. רש"י לקמן מפרש שאינו יכול לשכור ולחייב את הפועל לשלם מכיסו כלל אלא רק אם כבר עשה חלק מפעולתו יכול בעה"ב לשכור אחרים על חשבון החוב שהוא חייב לפועל על מה שכבר עבד. ולרש"י אין הבדל בין דבר האבד לדבר שאינו אבד שגם באינו אבד הדין הוא שהפועל שחזרו בו ידו על התחתונה והיינו שאם נתיקר שוכר אחרים על חשבון מה שחייב לפועל. אלא שכשאינו דבר האבד אם אינו מוצא לשכור אלא ביוקר ימתין ולא ישכור עכשיו משא"כ בדבר האבד אינו יכול להמתין ושוכר אפי' יותר מדמיו. ועוד כשאינו אבד נחלקו רבנן ור' דוסא אם ידו של החוזר על העליונה או על התחתונה, ובדבר האבד גם רבנן מודו שידו על התחתונה. וכן שבדבר שאינו אבד רק קבלן שחזר בו ידו על התחתונה אבל שכיר יום ידו על העליונה שפועל יכול לחזור בו בחצי היום, ובדבר האבד גם שכיר יום אסור לחזור ואם חוזר ידו על התחתונה. אבל הרמב"ם בפ"ט משכירות ה"ד והרא"ש ס"ל שגם אם לא עבד כלל יכול בעה"ב לשכור פועלים בדבר האבד על חשבון הפועל שחזר בו עד כדי שכרו, דהיינו אם פסק ד' זוז לפועל יכול לשכור אחרים עד ח' זוז והפועל הראשון משלם את התוספת מכיסו. וכן נפסק בשו"ע ס' של"ג סע' ו'. וע"ש בש"ך סק"ב שכתב שרש"י חולק בזה על הרמב"ם והרא"ש וכ"כ הלח"מ על הרמב"ם הנ"ל ולא כמ"מ והב"י בס' של"ג שהשוו שית רש"י לרמב"ם. ולשיטת הרמב"ם והרא"ש דין דבר האבד שונה מדבר שאינו אבד שבאינו אבד גם כשידו על התחתונה אינו משלם מכיסו אלא רק שוכרים על חשבון מה שחייבים לו משא"כ בדבר האבד שוכרים על חשבון הפועל והוא משלם מכיסו עד כפליים משכרו. אך יש קצת לעיין בדברי הש"ך והלח"מ מלשון רש"י כאן במשנה שכתב שוכר עליהם בנ"א ביוקר ועליהם לשלם. משמע שמשלמים מכיסם ולא רק שמנכים ממה שחייבים להם. וזה דלא כמשמעות לשון רש"י לקמן וצ"ע.

עוד נחלקו הראשונים בענין זה ששיטת הרשב"א שמה ששוכר עליהם או מטען הוא דוקא באופן שאם פועלים אלו לא היו נשכרים לו היה מוצא אחרים ולא היה לו הפסד ובגלל פועלים אלו הוא לא שכר אחרים והפסיד, אבל היכא שאם לא היו אלו נשכרים לו לא היה מוצא אחרים לא נגרם הפסד בגלל אלו ואינו שוכר עליהם ולא מטען. והרמב"ן חולק וס"ל שגם אם לא היה מוצא אחרים אחר שהם השתעבדו לעשות פעולתו וחזרו בדבר האבד יכול בעה"כ לשכור עליהם או להטעותן. בשו"ע ס' של"ג סע' ה' נפסק כרשב"א, והש"ך שם סקכ"ח מקשה למה השמיט המחבר את שיטת הרמב"ן, ומביא שגם דעת ההג"א כרמב"ן כמו שיבואר בסמוך בס"ד. גם המחנ"א בס' ו' ד"ה ודע מביא מחלוקת הרשב"א והרמב"ן וכתב שבהג"א מוכח דס"ל כרמב"ן. אך בס' ז' ד"ה איכרא דכל זה כתב שמדברי רש"י כאן בד"ה מקום שאין אדם שכתב שמה ששוכר עליהם הוא משום שאינו מוצא פועלים והפשתן אבד והוא סמך עליהם משמע דס"ל כהרשב"א שמה ששוכר עליהם הוא רק מפני שסמך עליהם ובגללם לא שכר אחרים.

ההגהות אשרי בס' ב' ד"ה ואם מקשה על דין זה אמאי אינו שוכר עליהם אלא עד כדי שכן הרי הם גרמו את הנזק ויתחייבו לשלם כל הפסד מדינא דגרמי. וכתב דאיידי הכא באופן שהם לא גרמו את הנזק שאם לא היו נשכרים לו לא היה מוצא אחרים, ואעפ"כ שוכר עליהם ומטען מפני שנשכרו לו ואסור להם לחזור בדבר האבד. ומבואר דס"ל כשיטת הרמב"ן שגם באופן שאם הם לא היו נשכרים לו לא היה מוצא אחרים אם חזרו הוא שוכר עליהם או מטען כמו שכתבו הש"ך בסקכ"ח והמחנ"א ס' ו' ד"ה ודע. אך בהג"א יש תוספת שלא כתב הרמב"ן דאיידי דוקא באופן שלא היה שוכר אחרים אבל אם כן היה אפשרות לשכור אחרים והוא לא שכרם מפני שסמך על אלו, כשהם חוזרים בהם בדבר האבד הם חייבים לשלם מדין גרמי את כל נזקו, ובוזה לא יהיה הדין שאינו שוכר אלא עד כדי שכן, שאם אח"כ יכול לחייב לשלם דמי נזקו כ"ש שיכול לתתחילה לחייבם לשלם למנוע את הנזק. וברשב"א שמפרש מתני' באופן שהיה שוכר אחרים מוכח דס"ל שאין דין מזיק ע"ז וא"א לשכור עליהם אלא עד כדי שכן. והמחנ"א הנ"ל כתב שגם הרמב"ן לא סובר בזה כהג"א. דהיינו שלרשב"א מתני' איירי דוקא כשלולא פועלים אלו היה שוכר אחרים, ואל"כ אינו שוכר עליהם ואינו מטען. להג"א מתני' איירי דוקא כשלא היה שוכר אחרים דאל"כ חייב הפועל לשלם כל דמי נזקו ולא רק עד כדי שכן. לרמב"ן איירי בכל גווני, דגם כשלא היה יכול לשכור אחרים יש את הדין ששוכר עליהם או מטען, וגם כשהיה שוכר אחרים ליכא חיוב מזיק אלא רק דין ששוכר עליהם עד כדי שכן או מטען.

הנ"י אחר שמביא את הרשב"א דמה ששוכר עליהם או מטען הוא דוקא כשהיה מוצא אחרים כתב שבדבר האבד יכול רק לשכור עליהם או להטעותם אבל אם לא עשה כן והפסיד בהמתנתם אינם משלמים שהרי לא קבלו עליהם לשלם. מבואר דס"ל דליכא בזה חיוב מדין גרמי כרשב"א והרמב"ן ולא כהג"א.

לדעת הרשב"א הרמב"ן והנ"י דליכא חיוב לשלם אף שנגרם לבעה"כ נזק ע"י חזרת הפועל צריך להבין אמאי אין בזה חיוב מדין גרמי כמו שמבואר לקמן דבעה"כ חייב לשלם לפועל אם גרם לו נזק ע"י חזרתו, ובתוס' לקמן ע"ז: מבואר שהחיוב הוא מדין גרמי ומ"ש בעה"כ שחזר שחייב לפועל מדין גרמי מפועל שחזר שאינו חייב לבעה"כ מדין גרמי. וכתב בזה הקצות בס' של"ג סק"ג שחיובו של הפועל לבעה"כ אינו חיוב דמים אלא חיוב לעשות מלאכתו ואם אינו רוצה לעשות מלאכתו יכול לשכור אחרים עד כדי שכן דעד שיעור זה הם משועבדים למלאכתו. אבל חיוב תשלומין אם לא שכר עליהם אין עליהם דע"ז לא נשתעבדו ואינו אלא גרמא. משא"כ בעה"כ חיובו לפועל הוא חיוב דמים וכשחזר והפסיד לפועל את הדמים הרי הוא חייב לשלם. וכן כתב המחנ"א בס' ו' ד"ה ודע וז"ל וכ"ת אמאי אינם משלמים לו כל הפסדו ומ"ש מבעה"כ שאם גרם להפסיד לפועלים שחייב, נראה דה"ט משום דלא הוי אלא גרמא בנזיקין, ובעה"כ חייב הואיל וקביל עליה לשלם משא"כ פועלים שלא קבלו עליהם לשלם עכ"ל. אך לפי הסבר זה דברי הראשונים האלו הם דלא כתוס' שכתבו לקמן שחיובו של בעה"כ לפועל הוא מדין גרמי ולא מפני שהתחייב. דהיינו שלפי דברי הקצות והמחנ"א בס' ו' מחלוקת הראשונים אם יש על הפועל החזר חיוב תשלומין תלוי בטעם שבעה"כ שחזר חייב. שאם חיובו של בעה"כ הוא מדין גרמי גם על הפועל יש חיוב, ואם אין זה גרמי וחיובו של בעה"כ הוא מפני שזה כלול בהתחייבות שלו החיוב הוא דוקא על בעה"כ שחיובו דמים ולא על הפועל שחיובו הוא מלאכה ולא דמים. אך עיין במחנ"א בס' ז' ד"ה אבל שמבאר באופן אחר שאפי' אם חיובו של בעה"כ שחזר הוא משום גרמי אכתי יש לחלק בינו לבין הפועל שחזר דהפסדו של בעה"כ בחזרת פועלים אינו אלא גרמא בעלמא שאין הנזק מיד אלא לאחר זמן, משא"כ נזק הפועלים בחזרת בעה"כ הוא גרמי כיון שעל ידו נתבטלו אותו היום והנזק נעשה על ידו שע"פ דיבורו לא נשכר במקום אחר וחשיב כאילו סגר את חברו בחדר ולא הניחו לעשות מלאכה.

לריטב"א בריש פרקין יש שיטה אחרת בזה. שכתב דתרי גווני דבר האבד איכא במתני' א. היכא דאיכא הפסד ממון כגון להעלות פשתן מן המשרה. ב. היכא דליכא הפסד ממון אלא הפסד רצונו כגון להביא פרייפרין וחלילין לכלה או למת. ובשניהם שוכר עליהם ומטען כדי שלא יפסיד ממנו או רצונו. אבל הג"מ ביניהם הוא לענין דיעבד אם לא שכר עליהם, שבמקום שיש הפסד ממון משתלם מהם עד כדי שכן או עד כדי דמי החבילה. והיכא דליכא אלא הפסד רצונו ליכא תשלום כלל כיון שלא היה הפסד ממון. ומוסיף הריטב"א וז"ל והטעם בתשלומין אלו ממה שאמרנו למעלה דכל שהבטיח לחברו וסמך חברו עליו ואלמלא הבטחתו לא היה בא לו שום הפסד חייב לשלם לו אם פשע בדבר דאלו כשנאנס פטור הוא עכ"ל. ומקשה הריטב"א א"כ למה משלם רק עד כדי שכן ולא כל נזקו. ותי' דמסתמא היינו דאסיקו אדעתיהו שאם לא יוכל לעשות שימצא לעולם פועלים בכפל שכרם ועל זה בלבד הבטיחוהו. ומבואר בריטב"א שלא ס"ל כנ"י שבדיעבד אינו משלם כלל, וגם לא כהג"א שמשלם כל דמי נזקו אלא ס"ל דמשלם נזקו עד כדי שכן ולא יותר. וביאור דברי הריטב"א במה שכתב שחייב מפני שסמך עליו הוא כמבואר בריטב"א עצמו בפרק אזהר נשך דף ע"ג: והובאו דבריו במחנ"א ס' ו' ד"ה וראיתי, וז"ל דבההיא הנאה דסמך עליה ונתן לו ממנו משתעבד ליה מדין ערב וזה ענין שכירת פועלים דפרקין דלקמן שחייבים לשלם לבעה"כ מה שמפסיד כשחזרו בהם או שבעה"כ חייב לשלם להם מה שמפסידים דכיון שסמכו זה על זה נתחייבו זה לזה במה שיפסיד על פיו עכ"ל. ומבואר דס"ל שאין החיוב בזה משום גרמי כשיטת התוס' אלא מדין ערב דכיון שהכניס פשתנו למשרה ונמנע מלשכור פועלים אחרים על סמך זה שהפועלים יוצאו מהמשרה הרי זה כמוציא ממון על סמך שפלוני ישלם שחייב לשלם מדין ערב. ולכן חיובו רק עד כדי שכן דאין הדרך שיצטרך יותר מכפול משכרו ועל יותר לא שיעבד עצמו. משא"כ אם החיוב מדין גרמי חייב לשלם את כל מה שהזיק.

נמצא ג' שיטות בענין פועל שחזר בו בדבר האבד ובעה"ב לא שכר פועלים אחרים והיה לו הפסד ממון. א. לרשב"א ולרמב"ן ולנ"י אינו חייב כלל דאין זה אלא גרמא. ורק לפני הנזק יכול בעה"ב לשכור על חשבון הפועל כיון שאסור לפועל לחזור בו. ב. להג"א חייב לשלם כל נזקו של בעה"ב מדין גרמי, ומה דאינו שוכר עליו אלא עד כדי שכרו היינו באופן שגם אם לא היה נשכר לא היה בעה"ב מוצא פועלים אחרים ואין ההפסד מחמת פועלים אלו. ג. לרשב"א חייבו מדין ערב ולא מדין גרמי. ובין לפני הנזק בין לאחריו אינו משתעבד אלא עד כדי שכרו.

להלכה מביא הרמ"א בס' של"ג סע' ו' את דברי הנ"י שאם לא שכר עליהם אין הפועלים משלמים נזקו. ואח"כ כתב הרמ"א דהיינו דוקא בדבר האבד שאין בו הפסד ממון כגון מלמד [או חלילין לכלה או למת] אבל כשיש הפסד ממון כמו בפשתן צריך לשלם כל הזיקו. וכתב ע"ז הגאון בסק"מ שהרמ"א פסק בזה כדעת ההג"א שיש בזה חיוב מדין גרמי ולא כנ"י אבל לנ"י גם כשיש הפסד ממון פטור [ולא כש"ך בסק"ט שלומד שהרמ"א ס"ל שגם הנ"י לא פטר מלשלם אלא היכא דהוי דבר האבד שאין בו הפסד ממון].

ועיין בנתיבות בסק"ד שתמה על הרמ"א שלדעת ההג"א שיש חיוב לשלם כל נזקו מדין גרמי קשה אמאי לכתחילה אינו שוכר אלא עד כדי שכרו. וצ"ל כמש"כ ההג"א דמתני' איירי כשאין הנזק בגלל הפועל שגם אם לא היו נשכרים לא היה מוצא אחרים והיה ניזוק. ובאופן שהיה מוצא אחרים באמת שוכר עליהם אפי' יותר מכדי שכרן. וא"כ למה שפסק המחבר שם כרשב"א ששוכר עליהם רק באופן שהם גרמו את הנזק שהיה יכול לשכור אחרים, אמאי אינו שוכר עליהם אלא עד כדי דמיהם הרי לרמ"א קי"ל שאפי' בדיעבד הם חייבים בכל דמי נזקו. ופסק המחבר כרשב"א, ופסק הרמ"א שחייב לשלם כהג"א אינם יכולים להתקיים יחד. וכתב נתיבות שדברי הרמ"א הם המשך מתחילת דבריו שכתב בשם י"א ובא לחלוק בזה על המחבר שפסק כרשב"א. ולפי הריטב"א הנ"ל היה אפשר לקיים פסק הרמ"א אפי' למחבר שפסק כרשב"א. שלרשב"א גם החיוב שחייב לשלם אם לא שכר בעה"ב עליהם והוזק ממנו אינו חיוב מדין מזיק אלא מדין ערב ואין חיובו אלא עד כדי שכרן, ולכן גם לכתחילה אינו שוכר עליהם אלא עד כדי שכרן. אבל א"א לומר כן שלשון הרמ"א הוא שמשלם כל הזיקו. משמע שמשלם את כל הנזק מדין גרמי כהג"א ולא רק עד כדי שכרו מדין ערב כריטב"א, ושפיר הקשה הנתיבות דפסק הרמ"א סותר את פסק המחבר.

הרמב"ם בפ"ב משכירות ה"ג אחרי שכתב שגם בדברים שנתמעטו משמירה יש חיוב על פשיעה שפשיעה נחשב כמזיק מוסיף הרמב"ם וז"ל וכן הורו רבותי שהמוסר כרמו לשומר בין בארסות בין בשמירת חנם והתנה עמו שיחפור או יזמור או יאבק משלו ופשע ולא עשה חייב כמי שהפסיד בידים עכ"ל. הרי מפורש ברמב"ם דפועל שקיבל על עצמו לעשות מלאכה ולא עשה מלאכתו ונגרם ע"ז נזק לבעה"ב חייב הפועל לשלם מדין מזיק. וזה כשיטת ההג"א ולא כריטב"א שכתב שאפי' בדבר האבד אין זה אלא גרמא ואינו חייב לשלם אם נגרם נזק מחזורתו.

בגדר דבר האבד כבר הובא שהריטב"א כתב דאיכא תרי גווני, אחד שיש בו הפסד ממון כגון להעלות פשתנו מן המשרה ושני הפסד רצונו כגון להביא חלילין לכלה או למת כמבואר במשנה ובתורה פריפריין. ועיין במחנ"ס ס' ד' בענין משרתת שרוצה לחזור בה שמביא בשם התה"ד שאסור לה לחזור דהוי דבר האבד כיון שבעה"ב ואנשי ביתו לא הורגלו במלאכה ואם יעשה על ידם יארע להם תקלה. דין זה הובא ברמ"א ס' של"ג סע' ה'. וכתב ע"ז המחנ"א דאין צורך להגיע לטעם של תקלה שגם אם אין שום הפסד ממון הוי דבר האבד משום ביטול רצונם שאינם מורגלים לעשות אלא ע"י אחר ולא גרע מלהביא חלילין לכלה או למת דחשיב דבר האבד אף שאין בו שום צד הפסד ממון.

השוכר את האומנין וחזרו בהם ידם על התחונה. פרש"י שאם שכרם בשני סלעים ועשו חצי וחזרו והוזלו פועלים ועכשיו כדי לסיים את המלאכה צריך רק חצי סלע הוא משלם לפועלים סלע כמו שקצץ עמם ולא אמרינן דכיון שיכול לגמור הכל בחצי סלע יוסיף וישלם לפועל סלע וחצי. וק"ק להבין למה ס"ד שישלם להם יותר ממה שעשו. ומה שכתב רש"י ואין יכולים לומר הרי פועלים אחרים תחתינו לגמור מלאכתך, למה יאמרו כך הרי הם לא הביאו את הפועלים האחרים אלא בעה"ב שכרם ולמה יש ה"א שיחשבו כשלוחי הפועלים הראשונים. וכעין זה הקשו הראשונים על המשך דברי רש"י כמו שיבאר בסמוך.

אם בעה"ב חזר בו ידו על התחונה. פרש"י שאם הוקר יתן בעה"ב סלע כפי שקצץ. ואם הוזל ויכול להשלים המלאכה בחצי סלע משלם לפועל סלע וחצי. השיטמ"ק בשם תר"פ מקשה על רש"י אמאי משלם סלע וחצי הרי זה יותר ממה שקצץ, ואף שבעה"ב ידו על התחונה אין סיבה שיקבל הפועל יותר ממה שקצץ עמו. וכתב שר"י חולק על רש"י וס"ל שבהוזל אין הפועל מקבל אלא סלע. ומה שכתוב שיד בעה"ב על התחונה קאי על הוקרו פועלים דאף שבעה"ב צריך עכשיו סלע וחצי כדי לסיים את המלאכה מ"מ אינו מגרע מחיובו לפועל שהוא סלע, ואין הדין כמו בחזרת הפועל שהפועל מפסיד את מה שבעה"ב צריך להוסיף כדי לסיים את המלאכה. בישוב קושיית תר"פ על רש"י י"ל ע"פ מה שמבואר ברש"י לקמן ע"ז: בד"ה נתן לו שכר דמבואר שם שאם הפועל חזר בו מחמת אונס אין ידו על התחונה וכתב ע"ז רש"י וז"ל הואיל ואנוס הוא אין לקונסו ולעשות ידו על התחונה עכ"ל. מבואר שהדין של ידו על התחונה הוא קנס שקנסו את החזר שלא ירויח מחזורתו. וא"כ נראה מש"כ רש"י כאן שאם חזר בעה"ב והוזלו פועלים שמשלם לפועל על החצי שעשה סלע וחצי. והיינו שאם ישלם רק סלע ירויח בעה"ב מחזורתו שהרי ישלים את כל מלאכתו בסלע וחצי. וכדי שלא יהיה נשכר מחזורתו קנסוהו שיתן לפועל על החצי סלע וחצי.

הריטב"א גם מביא שמקשים על דברי רש"י וכתב דנראין דברי רש"י ומבאר דבריו באופן אחר. דכיון שהוזלו פועלים ואם ישכיר הפועל עצמו במקום אחר יקבל רק חצי סלע הרי שמפסיד הפועל בגלל חזרתו של בעה"ב ודינו כדין דבר האבד וצריך בעה"ב להשלים שכרו של הפועל כדי שלא יפסיד הפועל מחזורתו של בעה"ב. אך שני ביאורים אלו שייכים רק כאן שבעה"ב חזר בו לכן משלם סלע וחצי או משום שקנסוהו שלא ירויח מחזורתו או משום הפסדו של הפועל. ואין זה מבאר את דברי רש"י לעיל שס"ד שבחזרת הפועל בעה"ב ישלם סלע וחצי כשהוזלו פועלים.

הטור בס' של"ג כתב על הא דקי"ל שרק בקבלן שחוזר ידו על התחנות אבל שכיר יום שחוזר ידו על העליונה, דהיכא שהוזלו פועלים וחזר השכיר יום משלם בעה"ב לפועל סלע וחצי. דהיינו שמשוה הטור הדין של יד בעה"ב על התחנות שכתב רש"י שבהוזלו משלם בעה"ב סלע וחצי, לדין של יד שכיר יום על העליונה שגם בזה בעה"ב ישלם לו סלע וחצי אף שעשה רק חצי ולפי הקציצה הראשונה מגיע לו רק סלע. ותמה ע"ז הש"ך שדין זה לא נמצא בשום פוסק וגם מסברא אינו מוכן למה ישלם יותר ממה שקצץ. ואינו דומה לדברי רש"י דרש"י כתב כן כשבעה"ב חזר בו ובוזה יש צד לקונסו או לחייבו על מה שגרם הפסד לפועל, אבל בחזרת הפועל, אף שידו על העליונה אין סיבה שירויח ויקבל יותר ממה שקצצו לו. ומביא הש"ך ע"ז את דברי התוס' לקמן ע"ז. ד"ה יד פועל על העליונה שכתבו שאין הכונה שידו על העליונה ממש אלא שאינו על התחנות, דהיינו שאין סיבה לקונסו שיפסיד אבל גם להרויח אינו צריך.

הקצה"ח שם סק"ח מבאר דברי הטור ע"פ הראשונים שהוכחו לעיל דס"ל שיש לבעה"ב בפועל קנין הגוף. ולדבריהם התשלום שמשלם בעה"ב לפועל אינו תמורת העבודה אלא תמורת הקנין שמקבל בו בעה"ב. ומה שחוזר בו בחצי היום הוא כמבואר בלשון הראשונים דלא גרע מעבד עברי שמגרע פדיונו ויוצא. דהיינו שמה שמחזיר את שאר הדמים הוא קנין לקנות חזרה את הקנין הגוף שיש לבעה"ב בעבד. ומבואר בגמ' בקידושין כ: שאם השתנה ערך העבד בין הקנין לגרעון אזלינן תמיד לקולא לעבד. ואם התיקר מגרע לפי דמי המקח, ואם הוזל מגרע לפי המחיר של שעת הגרעון. ולכן כאן כשקצץ עמו ב' סלעים ליום הרי קנה בו קנין ליום כשהיה שוה ב' סלעים. והפועל בא באמצע היום לקנות חזרה את קנין גופו, הרי הוא מגרע לפי הערך של שעת הגרעון ואם עכשיו המחיר ליום הוא סלע הוא מגרע חצי סלע ונשאר אצלו מדמי המקח סלע וחצי. וניחא דברי הטור.

נמצא שיש לבאר דברי רש"י בב' אופנים. א. לריטב"א בעה"ב משלם ההפסד שגרם לפועל בחזרתו. ב. קנס שקנסו את החוזר שלא ירויח מחזרתו. ושני פשטים אלו לא קיימים בחזרת הפועל ולכן כדי לבאר דברי הטור צ"ל כפי' הקצות.

דאמר להו שכרכם עלי. מבואר בגמ' שאם בעה"ב אמר לשליח ג' והשליח אמר לפועלים ד' ושכרכם עלי הוא משלם להם ד' וחוזר ונוטל מבעה"ב מה שהנהו. הרמב"ם כתב בפ"ט משכירות ה"ג שהשליח חוזר ונוטל מבעה"ב ג'. וכתב הב"י בס' של"ב שהרמב"ם ס"ל שאפי' אם כל הפועלים נשכרים בד' והנאתו של בעה"ב הוא בד' אעפ"כ אינו משלם לשליח אלא ג'. וכתב הב"י שהרמ"ה ורש"י חולקים ע"ז וס"ל שאם מנהג הפועלים הוא ד' מקבל השליח מבעה"ב ד'. טעמו של הרמב"ם מבאר הב"י דאף שמבואר שהשוכר פועל לעשות בשלו והראהו בשל חברו נותן לו שכרו משלם וחוזר ונוטל מבעה"ב מה שהנהו היינו כשלא התנה כלום עם בעה"ב אבל כאן שבעה"ב אמר לשליח לשכור לו בג' לא היה ליה למיגר בטפי ולומר שכרכם עלי וכיון דשני בשליחותיה נקט שכירותם עליו איהו דאפסיד אנפשיה ואינו נוטל אלא מה שאמר לו בעה"ב.

הדרכי משה בסק"א כתב דאין דברי הב"י מוכרחים ואין ראיה שהרמב"ם חולק בזה על הרמ"ה אלא לכו"ע אם מנהג הפועלים הוא ד' מקבל השליח מבעה"ב ד' אף שבעה"ב אמר לו לשכור בג', דכיון שאין פועלים בג' הרי נהנה בעה"ב ממלאכה שווה ד' ומשלם לשליח ד' כדין יורד לשדה חברו בשדה העשויה ליטע. ואף שבשו"ע כתב הרמ"א דין זה בשם י"א, כתב הש"ך שם סק"ב שלדעת הרמ"א אין חולק בזה אלא כתב לשון י"א מפני שהב"י כתב שהרמב"ם חולק. הגאון בסק"ב כתב על דברי הרמ"א דכן דעת רש"י ד"ה לחזי. ולכאורה אינו מוכן דמרש"י ליכא ראיה דרש"י קאי היכא דלא אמר שכרכם עלי ואז הפועלים תובעים את בעה"ב ולא השליח, וכל דברי הב"י נאמרו לגבי תביעת השליח לבעה"ב דכיון ששינה בשליחותו איהו דאפסיד אנפשיה כמבואר בלשון הב"י. אבל לגבי תביעת הפועלים יודה הב"י שאם פועלים נוטלים ד' הם יטלו ד' אף שבעה"ב פירש לשליח ג'. וא"כ ליכא ראיה שרש"י חולק. ועכצ"ל כן דכדברי רש"י מוכח בגמ', דאי נימא שאפי' שמנהג הפועלים הוא ד' הפועלים מקבלים מבעה"ב רק ג' כיון שפירש כן לשליח א"כ מה שאלת הגמ' לחזי פועלים היכי מתגרי, נימא דפועלים נוטלים ד' והם מקבלים ג' בגלל שבעה"ב פירש ג' ולכן יש להם תרעומת על השליח שהיו יכולים לקבל במקום אחר ד'. אלא מוכח כרש"י ואין זה סתירה לדברי הב"י שהב"י מפרש בהדיא שזה סברא רק שהשליח אינו מקבל ד' כיון ששינה. ודברי הגר"א לכאורה צ"ב.

רע"א בגליון השו"ע כתב שכדברי הב"י מבואר בריטב"א בסוגיין [עיי' בריטב"א הישן כאן]. וז"ל הריטב"א אי דאמר שכרכם עלי ניתב מדידיה אע"ג דשויה ד' לא שקיל מבעה"ב אלא תלתא כיון דגלי בעה"ב דעתיה מ"מ דא"ל תלתא עכ"ל. מלשון זה היה משמע דסברת הריטב"א הוא דאע"ג דנהנה בעה"ב ד' אינו משלם אלא ג' כיון דגלי דעתיה שאינו רוצה לשלם עבור הנאה זו יותר מג'. ולא כסברת הב"י שהטעם הוא מפני שהשליח שינה ואפסיד אנפשיה. ולסברת הריטב"א גם כשלא אמר השליח שכרכם עלי לא יקבלו הפועלים מבעה"ב יותר מג' אפי' אם מנהג הפועלים הוא ד' כיון דבעה"ב גילה דעתו שאינו רוצה הנאה זו אלא בג'. ולאפוקי מזה שפיר הוכיח הגאון מרש"י דלא ס"ל כן. אבל אכתי אינו מוכן שלא רק ברש"י מוכח כן אלא בגמ' כמו שנתבאר. וע"כ שאין כונת הריטב"א כן אלא כמו שכתב הב"י וגם דברי הריטב"א נאמרו רק לענין תביעת השליח מבעה"ב ולא לענין תביעת הפועלים, וא"כ שוב ליכא ראיה שרש"י חולק, וצ"ע.

הטור בס' של"ב כתב בשם הרמ"ה דהיכא שבעה"ב אמר ג' והשליח אמר ד' ואמר שכרכם עלי השליח משלם לפועלים ד' וחוזר ונוטל מבעה"ב לפי מנהג הפועלים. ואם מנהג הפועלים הוא ג' הוא מקבל מבעה"ב ג' ואם ד' הוא מקבל ד' אף שבעה"ב אמר לו שישכור בג'. אבל אם מנהג הפועלים הוא ה' שהוא יותר ממה שהיה נותן לפועל אינו נוטל מבעה"ב ה' אלא רק ד' שלא יהא עושה סחורה בפרתו של חברו. דהיינו שאינו צריך להרויח על חשבון בעה"ב וכיון שלא משלם לפועל אלא ד' אינו נוטל מן בעה"ב אלא ד'. כך ביארו הד"מ הש"ך בסק"ג והסמ"ע סק"ב את דברי הרמ"ה ולא כב"י שביאר באופן אחר. אך הדברים צ"ב אמאי זה נחשב שעושה סחורה בממון חברו הרי כיון שאמר לפועלים שכרכם עלי אין לפועלים תביעה על בעה"ב אלא עלי. והוא תובע את בעה"ב מדין יורד בשדה העשויה ליטע שדינו לשלם כמנהג פועלי העיר. ואם מנהג הפועלים הוא ה' למה בעה"ב לא ישלם לו ה' ומה בכך שהוא מצא פועלים בזול הרי אין דינו לקבל רק יציאות אלא כמה שווה המלאכה ולמה לא יקבל ה' אף שהוציא ע"ז רק ד'. ולא דמי ענין זה למה דאיתא בסע' ב' שאם אמר בעה"ב ד' והשליח אמר ג' שהפועלים מקבלים מבעה"ב רק ג' אף שהמלאכה שווה ד' כיון דסבר וקביל. וכתב שם הש"ך בסק"י שגם השליח אינו מקבל מבעה"ב הדינר הד' אף שהוא הביא לו פועלים שלפי המנהג מקבלים ד', דהתם שאני שבעה"ב עצמו שכר את הפועלים ע"י שלוחו ואין

לשליח דין יורד ואין לשליח שום תביעה על בעה"ב. משא"כ בנידון של הרמ"ה הפסיקה של בעה"ב בטלה כיון שהוא אמר ג' והפועלים שמעו ד' וכיון שהשליח אמר שכרכם עלי דין הפועלים הוא על השליח ואז יש לשליח דין יורד כלפי בעה"ב ולכן הוא מקבל מבעה"ב כמנהג הפועלים, ולמה סובר הרמ"ה שאם מנהג הפועלים הוא יותר ממה שהוא שילם לפועלים אינו מקבל מבעה"ב אלא מה שהוציא, וצ"ע.

דאמר להו שכרכם על בעה"ב. מבואר בגמ' שאם אמר שכרכם על בעה"ב ומנהג הפועלים הוא ד' בעה"ב נותן לפועלים ד' אף שאמר ג' מפני שהשליח לא אמר לפועלים מה שבעה"ב אמר א"כ ליכא פסיקה ואוליגן בתר המנהג. רע"א מקשה למה נאמנים השליח והפועלים לומר שהשליח אמר ד' לחייב את בעה"ב ד', יטען בעה"ב שמא השליח עשה שליחותו ואמר ג' והוא חייב רק ג', ומספק על הפועלים להביא ראיה שהשליח אמר ד'. וכתב רע"א דכיון שהמנהג מחייב ד' וכדי לפטור מד' בטענה שהשליח אמר ג' צריך להגיע לסבר וקביל שהוא מחילה על מה שהמנהג מחייב, ומבואר בחו"מ ס' ס"ה סע' כ"ג שאם יש לאדם ב' שטרות על חברו וידוע שאחד פרוע אמרינן מספק שהגדול פרוע ואינו גובה אלא את הקטן, אבל אם ידוע שאחד נמחל אמרינן מספק שהקטן נמחל והוא גובה את הגדול. דבספק טענת מחילה לא אמרינן הממעי"ה. [עיין בש"ך שם סקע"ח שמתקשה בטעם הדבר דאמנם טענת מחילה היא טענה גרועה ואין נאמנות לטעון מחילה אלא ע"י מגו מ"מ היכא ידוע שנמחל חוב אחד אמאי יגבה את הגדול מספק]. וכן כאן כשיש ספק אם סבר וקביל או לא מחייבים את בעה"ב מספק כדין ספק מחילה.

רע"א דוחה תי' זה דבסמוך הגמ' מסתפקת היכא דאמר הפועל כמה שאמר בעה"ב אם אדיבורא דשליח קסמיך או דלמא אדיבורא דבעה"ב קסמיך. וזה בעיא דלא אפשר וכתב הרי"ף דמספק אין בעה"ב משלם אלא ג'. ומבואר דאף שמנהג הפועלים הוא ד' כיון שיש צד שהפועל סמך על מה שאמר השליח ג' וסבר וקביל אמרינן שמספק בעה"ב אינו משלם אלא ג' ולא אמרינן דהוי ספק מחילה וישלם ד' מספק. ואף שיש מקום לחלק בזה בין ספק במציאות לספק בדין רע"א מוכיח מרי"ף בב"ב שגם בספק מחילה בדין מחייבים את המוחזק מספק. ולכן כתב דמוכח ברי"ף שאין הסבר וקביל נחשב כמחילה דבמחילה היה כבר חיוב וע"י המחילה פוקע החוב משא"כ כאן אם סבר וקביל מעולם לא נתחייב בעה"ב ד'. וכיון שמוכח ברי"ף שאין ספק סבר וקביל נידון כספק מחילה שוב קשה אמאי משלם בעה"ב ד' מכח המנהג שיטען לפועל אייתי ראיה שהשליח אמר ד' ולא ג'. וכתב בזה רע"א שמה שבעה"ב משלם ד' ואינו יכול לטעון שמא אמר השליח ג' הוא משום שהפועל טוען ברי שהשליח אמר ד' ובעה"ב הוא שמא, ואף דקי"ל ברו"ש לאו ברי עדיף שאני הכא דאיתרע חזקת הממון כיון דכולהו מתגרי בד' אלא דבאנו עליו בטענת שמא סברית וקבלית ובכה"ג ברי עדיף, משא"כ בדברי הרי"ף דהוי ספיקא דדינא הרי זה שמא ושמא וא"א להוציא מהמוחזק אף שאתרע מוחזקותו. ולכאורה כונת רע"א בזה דכמו שקי"ל באיני יודע אם פרעתיך דמהני ברי ושמא עם חזקת חיוב להוציא ממון, כך כאן שיש ודאי סיבת חיוב וספק סבר וקביל שמבטל את החיוב מחייבים בצירוף ברי ושמא. ואף שיש לחלק שבאיני יודע אם פרעתיך איכא חזקת חיוב עם ברי ושמא משא"כ כאן שאין חזקת חיוב דאם סבר וקביל מעולם לא נתחייב בעה"ב, מ"מ יש לדמות לדברי הש"ך בס' ע"ה סקכ"ז שכתב שכשיש ודאי הלוואה וספק פרעון מחייבים בצירוף ברו"ש אף שיש צד שהפרעון היה עוד לפני ההלוואה. ובאופן זה ליכא חזקת חיוב מ"מ כיון דאיכא ודאי סיבת חיוב וספק דבר הפוטר מחייבים בצירוף ברו"ש, ה"נ הכא כיון דאיכא ודאי סיבת חיוב כיון שהמנהג הוא ד' אף שיש צד שהיה דבר הפוטר מחייבים במקום ברו"ש.

אל תמנע טוב מבעליו. עיין בריטב"א שמבאר למה יש טענה בזה שהשליח גרם הפסד לפועל הרי הוא עשה כן כדי להרויח לבעה"ב.

דעתיהו אעילווא. מבואר בגמ' שאם אמר בעה"ב ג' והשליח אמר ד' ואמרו הפועלים כמה שאמר בעה"ב פשוט שכונתם לפי מה שהם שמעו מהשליח ולא לפי מה שבאמת אמר בעה"ב דאין דעתם על פחות ממה ששמעו מהשליח. פרש"י דהיכא דאמר שכרכם עלי יש נ"מ מזה לענין ממון. שאם היה דעתן על מה שאמר בעה"ב השליח היה משלם להם רק ג', וכיון שדעתם על עילווא דשליח השליח משלם להם ד' אפי' אם מנהג הפועלים הוא ג' כיון שכן פסק עמם. אבל אם השליח אמר שכרכם על בעה"ב ליכא נ"מ לענין ממון שבעה"ב לא ישלם יותר ממה שאמר דהיינו ג', אלא שאם דעתם על מה שאמר בעה"ב אין להם תרעומת על השליח, וכיון שדעתם על עילווא דשליח שאמר ד' ואינם מקבלים אלא ג' יש להם על השליח תרעומת. התוס' כתבו דאיירי שאמר שכרכם עלי שאם אמר על בעה"ב ליכא נ"מ שבעה"ב לא ישלם יותר מג'. וכתב המהרש"א דמה שלא כתבו התוס' שגם בשכרכם על בעה"ב יש נ"מ לענין תרעומת היינו משום דמשמע להו דאיירי לענין ממון כמו בספק של הגמ'. אך מקשה המהרש"א על התוס' דאיכא נ"מ של ממון גם כשאומר שכרכם על בעה"ב. דאמנם אם מנהג הפועלים הוא ג' אין חיוב על יותר מג' בלי קציצה והכא כיון שאמר בעה"ב ג' לא יתחייב יותר, אבל אם מנהג הפועלים הוא ד' הרי יש להם ד' בלי קציצה, ובזה אם היינו אומרים שדעתם על מה שאמר בעה"ב הרי הם הסכימו לג' וסבר וקביל ויקבלו רק ג', אבל כיון שדעתם אעילווא דשליח שאמר ד' הרי לא מחלו וממילא יקבלו מבעה"ב ד' מכח המנהג כמבואר לעיל ולחזי פועלים היכי מתגרי. וזה קשה גם על רש"י למה כתב נ"מ בשכרכם על בעה"ב רק לתרעומת הרי כשהמנהג הוא ד' יש נ"מ לענין ממון.

המהרש"א מוסיף לעיין בזה ברא"ש. וכונתו שהרא"ש מביא שהרי"ף כתב שכיון דדעתיהו אעילווא מקבל הפועל ד' אם שויה עבדיתיהו ד'. ומקשה הרא"ש אמאי כתב כן הרי"ף הרי כיון שדעתיהו על מה שאמר השליח הוא התחייב ד' ויקבלו ד' אפי' אם עבודתם שוה רק ג'. ושוב כתב הרא"ש דיפה כתב הרי"ף דרך בשוה עבודתם ד' הם מקבלים ד' כיון דאיירי שאמר שכרכם על בעה"ב. וצ"ב בדברי הרא"ש מעיקרא מאי קסבר ולבסוף מאי קסבר. וכתב בזה הגאון בס' של"ב סק"ח דבתחילה למד הרא"ש דאיירי שאמר השליח שכרכם עלי, ובאופן זה אם דעתיהו על עילווא דשליח יקבלו ממנו ד' אפי' אם מנהג הפועלים הוא ג' כיון שהוא קצץ להם ד'. אבל בסוף פירש הרא"ש דאיירי כשאמר שכרכם על בעה"ב ובזה אם דעתם על עילווא דשליח יקבלו מבעה"ב ד' רק אם מנהג הפועלים הוא ד', אבל אם המנהג הוא ג' אף שדעתיהו על מה שאמר השליח א"א לחייב את בעה"ב יותר מג' כיון שהוא אמר ג'. הרי מבואר בדברי הרא"ש שאם המנהג הוא ד' גם כשאמר שכרכם על בעה"ב אם דעתיהו על עילווא דשליח מקבלים ד' ואם היה דעתם על מה שאמר בעה"ב הם מקבלים ג'. ומכאן זה מקשה המהרש"א על התוס' למה לא כתבו נ"מ זה.

לכאורה נראה דמה שהתוס' לא ס"ל כן הוא משום דס"ל שאפי' אם היינו אומרים שדעתם על מה שאמר בעה"ב ולא על עילויא דשליח היינו רק במקום שמצד המנהג לא מגיע להם יותר מג' ובאים לחייב יותר מכת הקציצה של ד', בזה יש צד שדעתם על פסיקת בעה"ב שהוא ג' ולא על מה ששמעו מהשליח ד'. אבל אם היה מנהג הפועלים ד' ולא צריך קציצה כדי לחייב ד' אלא כדי לפחות מוד' צריך להגיע לסבר וקביל שהוא מחילה בזה פשוט שכיון שהם שמעו מן השליח שבעה"ב אמר ד' ליכא מחילה על ד' ואף אם אין דעתם על הפסיקה של ד' מ"מ לומר שמחלו על ד' זה לא אמרינן. ולכן ס"ל לתוס' שע"כ איירי שהמנהג הוא ג' וא"כ כשאמר שכרם על בעה"ב ליכא נ"מ דא"ל לחייב את בעה"ב יותר ממה שאמר. ויהיה נ"מ מזה בשכרם עלי דלפי דעת הרא"ש הנ"מ בין אם דעתייהו אעילויא דשליח או על מה שאמר בעה"ב הוא בין אם המנהג הוא ג' בין בד', שאם דעתייהו על עילויא דשליח יקבלו ד' אפי' שהמנהג ג' כיון שפסק ד', ואם היה דעתם על מה שאמר בעה"ב השליח ישלם להם ג' אפי' אם מנהג הפועלים הוא ד' דכיון דדעתייהו על מה שאמר בעה"ב סבר וקביל. אבל למה שכתבנו בדעת התוס' אפי' אם היה דעתם על מה שאמר בעה"ב יקבלו ג' רק כשמנהג הפועלים הוא ג', בזה סמכו על פסיקה שלו ולא על ד' של השליח, אבל אם המנהג הוא ד' וכדי להוריד לג' צריך להגיע לסבר וקביל לא אמרינן הכי דכיון ששמעו ד' ליכא מחילה על החיוב של ד' שיש מכת המנהג.

אדיבורא ידיה קא סמכי וכו'. בעיא זו לא נפשטה ומספק כתב הר"ף שבעה"ב משלם רק ג'. והובא לעיל מש"כ בזה רע"א דמוכח דס"ל לר"ף שאין ספק סבר וקביל נידון כספק מחילה. הקצה"ח בס' של"ב סק"ב מקשה מ"ש הכא דאינו משלם מספק ממה שמבואר בסוף השואל במשכיר בית לשנה ויש ספק אם חודש העיבור בכלל או לא דאמרינן שהבית בחזקת המשכיר והשוכר צריך לשלם דינר נוסף על חודש העיבור. ומ"ש ספק בשכירות בתים שמשלם השוכר מספק מפני שהבית בחזקת המשכיר מספק בשכירות פועלים שאין בעה"ב משלם מספק אף שהפועל מוחזק בגופו. וכתב בזה הקצות דבשכירות בתים כיון שהבית בחזקת המשכיר ואין השוכר מקבל את חודש העיבור מן המשכיר אלא הוא תופס לבד את חודש העיבור הרי זה ככל תפיסה בספיקות דלא מהני ומוציאים מידו וכיון שנפסק שהבית בחזקת המשכיר צריך השוכר לשלם את חודש העיבור, משא"כ בפועל שהוא מעצמו נותן את הפעולה אין הספק על הפעולה אלא על השכר ולגבי השכר בעה"ב הוא המוחזק ועל הפועל להביא ראיה. וכונת הקצות בזה כמבואר בנתיבות שם סק"ב דתפיסת בעה"ב בפעולה הוא תפיסה ברשות שמהני במקום ספק ולא דמי לתפיסת השוכר בבית בחודש העיבור שהוא שלא ברשות.

תוד"ה דאי ס"ד. השיטמ"ק בשם תר"פ חולק על התוס' וס"ל דמה שמבואר בגמ' דהיכא דאיכא עילויא דשליח אין ספק היינו כשיש רווח ממון מדברי השליח שאז ודאי אין דעתו על גריעותא דבעה"ב אבל היכא דליכא בשום צד גריעותא או עילויא כגון בגט הרי זה בכלל הספק ולא בעינן דוקא שיהיה עילויא דבעה"ב וגריעותא דשליח.

משום דעקר שליח לשליחותיה. לכאורה כונת הגמ' דאף שדעת הבעל על מה שאמרה האשה וכונתו לעשות את השליח שליח להולכה כמו שאמרה האשה אין זה מועיל כיון שהשליח אינו רוצה להיות שליח להולכה. ומוכח לפ"ז מהכא דא"א למנות שליח בע"כ ואם אין השליח רוצה לקבל את המינוי לא חל המינוי. ועיין באו"ש בפ"ו מגירושין ה"ח שמביא שנחלקו הפוסקים במי שמינה שליח ואח"כ חזר בו השליח ואינו רוצה להיות שליח, ושוב עשה שליחותו אי אמרינן דלא מהני בלי מינוי חדש דכבר נעקר המינוי הראשון, או שהמינוי קיים ואין ביד השליח לבטל את המינוי. שהמגיה במל"מ בפ"ב מגירושין ה"ט"ז כתב שבטל המינוי, והפנ"י בתשובה כתב שאין ביד השליח לעקור את המינוי. וטעמו דאין השליחות נוגע לשליח כלל אלא רק למשלח ואף שאין השליח חייב לקיים שליחותו מ"מ אין בידו להפקיע את המינוי. וסובר האו"ש שלדעת הפנ"י ה"ה אם בשעת המינוי אין השליח רוצה להיות שליח חל המינוי בע"כ. ומקשה האו"ש מכאן דמבואר שאינו יכול למנות השליח בע"כ. וכתב דאין כונת הגמ' כאן שהבעל רוצה שיהיה שליח להולכה ולא חל המינוי כיון שאין השליח רוצה, אלא כונת הגמ' דאף דבעלמא דעתו על מה שאמרה האשה הכא אין כונתו למנות שליח להולכה כיון שאין השליח רוצה לבצע את השליחות ממילא גם הבעל אינו עושה אותו שליח להולכה. אבל אם יפרש שעושה אותו שליח להולכה יחול המינוי בע"כ של השליח.

אמנם העירוני שמדברי רש"י כאן לכאורה מוכח כפשוט הפשוט בגמ' ולא כפירושו של האו"ש שרש"י כאן מקשה בהתקבל לי גיטי ואשתך אמרה הבא לי גיטי אמאי אמרינן שאם אדיבורא ידיה קסמך היא מגורשת מיד שיגיע הגט ליד השליח הרי השליח עקר לשליחות לקבלה ואין רצונו להיות רק שליח להולכה. ותי' רש"י דכיון שהטירחה של הולכה הוא יותר משל קבלה אם מוכן להיות שליח להולכה כ"ש שמוכן להיות שליח לקבלה. וצ"ב מה היה קשה לרש"י מעיקרא. ובשלמא לפשט הפשוט היה קשה לרש"י שאם אמר אשתך אמרה הבא לי רצונו להיות שליח לקבלה ונעקר שליחות לקבלה מיניה ואיך היא מגורשת כשמגיע הגט לידו. אבל לדברי האו"ש שאין השליח יכול לעקור את השליחות אלא שאם אינו רוצה להוליך אין כונת הבעל לעשות שליח להולכה. אבל כשהוא שליח לקבלה ואינו רוצה להיות שליח לקבלה אלא רק להולכה אם אין בכחו לעקור את השליחות למה לא יתן הבעל בתורת שליח לקבלה ותהיה מגורשת מיד ומה מפריע כאן מה שאין השליח רוצה להיות שליח לקבלה הרי אין הדבר תלוי בו. וצ"ע שהאו"ש מדייק מלשון רש"י כאן כפירושו ולכאורה מתוכן דברי רש"י כאן מוכח לא כפירושו. ועיין מה שכתבנו עוד בס"ד בעיקר ענין זה אם יכול למנות שליח בע"כ או לא בגיטין ס"ג.

בד"א שלא הלכו. מבואר בברייתא שאם הלכו פועלים ואין אפשרות לעשות מלאכתם בעה"ב משלם להם כפועל בטל. ואם לא הלכו אינו משלם ואין להם עליו אלא תרעומת. והקשו התוס' אמאי אין בעה"ב משלם כשלא הלכו הרי בגלל שסמכו על בעה"ב נמנעו ממלאכה אחרת והרי הוא מזיק ויתחייב מדינא דגרמי. ותרצו דאח"כ אם אינם מוצאים להשכיר עצמם חייב בעה"ב מדין גרמי אפי' אם לא הלכו אלא אורחא דמלתא נקט שהוגילות הוא שאם לא הלכו יכולים עדיין להשכיר עצמם לאחר ואם הלכו הדרך הוא שאינם יכולים. גם הרא"ש כתב כתוס' שאם יש נזק לפועל כגון שלולא שנשכר לבעה"ב זה היה נשכר לאחר, ועכשיו כבר אינו יכול להשכיר את עצמו לאחר, בעה"ב חייב מדין מזיק מדינא דגרמי אף שלא הלכו. אבל מוסיף הרא"ש שאם הלכו זה גם סיבה לחיוב גם באופן שאין לחייב מדין מזיק כגון שבל"ה לא היה הפועל נשכר לאחר מ"מ כיון שנתחייב בעה"ב חל החיוב ע"י הליכת הפועל שהוא כתחילת מלאכה. ולשון הרשב"א כאן הוא כשם שקרקע נקנה בכסף שטר וחזקה ומטלטלין נקנים במשיכה כך שכירות פועלים נקנה בתחילת מלאכה. וכיון שחל חיוב בעה"ב לפועל ע"י הליכתו של

הפועל הרי הוא חייב גם כשבל"ה לא היה מוצא עבודה ואין נזק. אבל גם זה רק אם עכשיו אינו מוצא להשכיר עצמו אבל אם כן מוצא הרי הוא צריך להשכיר עצמו לאחר דחיבו של בעה"ב היתה רק אם יעבוד אם יהיה אפשרות לעבוד. וכדברי הרא"ש נפסק בשו"ע ס' של"ג סע' ב' דאיכא ב' מחייבים א. הלכו מחייב גם אם אין נזק. ב. כשיש נזק חייב גם בלי הלכו.

המחנ"א בשכירות פועלים ס' ד' מוכיח דהתוס' פליג בזה על הרא"ש דאל"כ למה דחקו התוס' לומר דמה דקתני בברייתא הלכו הוא לאו דוקא ואורחא דמלתא נקט הא איכא למימר דהברייתא איירי באופן דליכא נזק כגון שבל"ה לא היו יכולים להשכיר עצמם לאחר, וכשאינן נזק חיוב בעה"ב תלוי בהלכו דאם הלכו הוא חייב מכח שיעבודו ואם לא הלכו ליכא שיעבוד. ועיין בנ"י שבאמת מפרש כך דברייתא איירי כשאין נזק שבל"ה לא היו משכירים עצמם ואז חיוב בעה"ב תלוי בהלכו. ומדלא כתבו כן התוס' מוכיח המחנ"א שהתוס' חולקים בזה על הרא"ש וס"ל שאין תחילת מלאכה קנין בשכירות פועלים, ואם אין נזק ליכא חיוב גם כשהלכו. וכל החיוב בהלכו הוא רק מפני שאינו מוצא להשכיר עצמו עכשיו וחייב בעה"ב מדין מזיק. ולכן הוצרכו התוס' לדחוק דהלכו לאו דוקא.

הקצה"ח בס' של"ג סק"ב מביא בשם תשובת מהר"ם בר ברוך שמוכיח מהא דבלי הלכו ליכא חיוב דאין על המבטל חברו ממלאכתו חיוב מדין גרמי. ולדבריו מה שבהלכו כן חייבים ע"כ הוא מפני שהלכו הוא קנין לשכירות פועלים ובעה"ב חייב מפני שנשתעבד בכך לפועל. וכן מבואר בשיטמ"ק כאן בדעת רש"י כמו שמבאר הקה"י כאן בס' מ"ז. דרש"י כתב בד"ה אין להם זה על זה אלא תרעומת שמה שבלא הלכו ליכא חיוב ממון הוא מפני שאומר להם בעה"ב השכירו עצמכם לאחרים. דהיינו כמש"כ התוס' שעדיין יכולים להשכיר עצמם לאחרים. ובסוף הדיבור כתב רש"י שתביעת ממון ליכא דהא דברים בעלמא נינהו. דהיינו כיון שלא הלכו ליכא קנין ועדיין לא חל חיוב בעה"ב לפועלים. וקשה למה צריך לזה ת"ל דבל"ה ליכא חיוב ממון מפני שעדיין יכולים להשכיר עצמם לאחרים. ועיין ברש"ש שעמד בזה. וכבר הרגישו בזה הראשונים בשיטמ"ק וכתב ע"ז השיטה בד"ה ורש"י וז"ל פירוש לפירושו השכירו עצמכם אם תמצאו שלא נתחייבתי לכם דכיון דדברים בעלמא נינהו שלא התחילו במלאכה לא נתחייבו זה לזה הא אם התחילו במלאכה קנו עכ"ל. והכונה כמו שמבאר הקה"י ס' מ"ז דלעולם איירי כשאנו יכול להשכיר עצמו לאחר ואעפ"כ ליכא חיוב מטעם מזיק אלא רק מכח שמשעבד עצמו וע"ז קאמר רש"י דכ"ז שלא הלכו ליכא קנין ולא חל השיעבוד. ומש"כ רש"י שאומר לו בעה"ב השכירו עצמכם לאחרים היינו שאומר שהוא אינו מעכב עליו מלהשכיר עצמו אבל למעשה מדובר שכבר אינו יכול להשכיר עצמו. ולפ"ז מבואר גם ברש"י שגם באופן שנגרם נזק לפועל ע"י בעה"ב ליכא על בעה"ב חיוב מדין גרמי אלא רק בהלכו חיובו מכח שחייב את עצמו ע"י הקנין של תחילת מלאכה. וכן לומר הקה"י שם בדעת הרשב"א ע"ש.

נמצא דאיכא ג' שיטות בזה. א. שיטת הרא"ש שאם יש נזק חייב בעה"ב גם בלי הלכו מדין מזיק של גרמי. ואם הלכו יש קנין שמשעבד את בעה"ב גם אם אין נזק. ב. שיטת התוס' לדברי המחנ"א שאין חיוב גם בהלכו אא"כ יש נזק אבל אם אין נזק כגון שבל"ה לא היה מוצא להשכיר את עצמו אין תחילת מלאכה קנין לשעבד את בעה"ב. ג. שיטת מהר"ם בר ברוך שהובא בקצות ושיטת רש"י והרשב"א שאין חיוב מחמת מזיק אפי' למאן דדאין דינא דגרמי וכל החיוב הוא רק מפני ששיעבד את עצמו ונתחייב ע"י הילוך שהוא כתחילת מלאכה. אכתי צריך לבאר אמאי ס"ל שאין בזה חיוב מזיק ויבואר לקמן. דהיינו לרא"ש גם מזיק וגם שיעבוד. לתוס' רק מזיק ולא שיעבוד. למהר"ם רק שיעבוד ולא מזיק. ועל שאלת התוס' אמאי בלא הלכו ליכא חיוב מדין מזיק יש ג' תירוצים. א. לתוס' איירי שעכשיו יכול להשכיר עצמו. ב. לנ"י איירי כשמעיקרא לא היה יכול להשכיר עצמו וליכא נזק. ג. למהר"ם ליכא חיוב מזיק של גרמי בכה"ג.

העירוני דלכאורה מש"כ המחנ"א ששיטת התוס' אינו כרא"ש ולתוס' יש רק מחייב של מזיק ולא של שיעבוד אינו מוכרח. שגם הרא"ש כתב כתוס' שמה שנקטה הברייתא הלכו הוא אורחא דמלתא דלא תלוי בהלכו אלא אם יכול עכשיו להשכיר את עצמו או לא. וברא"ש מפורש שהלכו מחייב גם כשאין נזק ואעפ"כ לא פירש הרא"ש דאיירי הכל כשבל"ה לא היה מוצא להשכיר את עצמו ואין נזק והחיוב תלוי בהלכו כמו שפירש הנ"י. והטעם שלא פירש הרא"ש כך הוא פשוט דמפורש ברא"ש דהיכא דבל"ה לא היה יכול להשכיר עצמו וגם לא הלכו ליכא אפי' תרעומת. ולכן א"א להעמיד את הברייתא באופן זה שבברייתא מפורש שגם בלי הלכו איכא תרעומת. וע"כ דאיירי כשבתחילה היו יכולים להשכיר עצמם וא"כ אין החיוב תלוי בהלכו או לא אלא אם עכשיו יכולים להשכיר עצמם או לא, ושפיר הוצרך הרא"ש לומר דאורחא דמלתא נקט. וא"כ פשוט דליכא ראייה מתוס' דלא ס"ל כרא"ש שיתכן שגם התוס' ס"ל שבכה"ג ליכא אפי' תרעומת ולכן לא יכלו לומר כן. והנ"י שכן מפרש באופן שבל"ה לא היה יכול להשכיר את עצמו כתב בהדיא שגם בכה"ג אם חזר בעה"ב יש לפועל תרעומת, וחולק הנ"י בזה על הרא"ש.

ועוד יש לבאר באופן אחר דרבנן ור' דוסא נחלקו בסיפא, ומשמע שברישא גם רבנן מודו שאם הלכו וחזר בו בעה"ב ואין הפועל מוצא להשכיר עצמו צריך בעה"ב לשלם לפועל כל שכרו כפועל בטל. ומקשה רע"א בדף ע"ו. ד"ה לכאורה דמבואר במשנה שאם עשה הפועל חצי מלאכה וחזר בו בעה"ב, לר' דוסא שהחזר בו ידו על התחתונה אם הוול משלם בעה"ב לפועל סלע וחצי על מה שעשה כיון שיכול לסיים את המלאכה בחצי סלע. ומבואר ברא"ש שרבנן דפליגי אר' דוסא חולקים ע"ז וס"ל שמשלם רק סלע דיד בעה"ב החזר אינו על התחתונה. ומ"ש מהא דמבואר ברישא שאם חזר בעה"ב והפועל אינו מוצא להשכיר עצמו שבעה"ב משלם כל שכרו הי' אינו מוצא להשכיר עצמו במחיר הראשון ולמה לא ישלם בעה"ב את שכרו גם לרבנן כמו ברישא. וכתב רע"א שזה קשה רק אם מה שחייב כשהלכו הוא מפני שחל חיוב בעה"ב ע"י תחילת מלאכה ואם אינו נותן עבודה חייב לשלם מה שהתחייב א"כ גם כאן חלה התחייבותו ואם הוול ואין הפועל יכול לקבל השכר שפסק בעה"ב הוא חייב להשלים לו ואמאי פליגי רבנן בסיפא. אבל אם יכול להשכיר עצמו לאחר אלא שהוול מחיר המלאכה א"א עצמו כלל וזה בגרמת בעה"ב לכן בעה"ב חייב מדין מזיק. אבל אם יכול להשכיר עצמו לאחר אלא שהוול מחיר המלאכה א"א לחייב את בעה"ב ע"ז מטעם מזיק. וא"כ מבאר רע"א שי"ל שלעולם רבנן ס"ל שאין תחילת מלאכה מחייב את בעה"ב לשלם את מה שקצץ. ומה שמודים רבנן ברישא שבעה"ב חייב בהלכו הוא מטעם מזיק וזה לא שייך בסיפא. ומה שכתב הרא"ש שגם כשאין לחייב מדין מזיק כגון שבל"ה לא היה הפועל משכיר עצמו בכל זאת חייב בעה"ב אם הלכו הפועלים מפני שנתחייב בתחילת מלאכה זה אמת למאי דקי"ל כר' דוסא אבל רבנן לא ס"ל כן. לפ"ז פשוט מה שצריך הרא"ש לומר דהלכו אורחא דמילתא נקט והחיוב בברייתא הוא מטעם מזיק ולא פירש כנ"י דאיירי באופן שאינו מזיק וחיובו מפני התחייבותו ואז יהיה

הלכו דוקא. דחיוב זה הוא רק לר' דוסא ובכרייתא מבואר שבדין של הרישא גם רבנן מודו. וע"כ שהחיוב של הרישא הוא מדין מזיק ולא מפני שהתחייב. ורק להלכה דק"ל כר' דוסא כתב הרא"ש שיש עוד מחייב בהלכו. וא"כ לכאורה פשוט דראית המחנ"א שהתוס' חולקים על הרא"ש מדלא פרשו שהלכו דוקא והחיוב הוא מפני שהתחייב אינו מוכרח דלעולם להלכה מודו התוס' לרא"ש שיש חיוב גם כשאינו מזיק מפני שהתחייב אבל זה לא יכול להיות הפשט בכרייתא מפני שרישא דכרייתא הוא גם לרבנן ולרבנן אין לחייב אלא מדין מזיק ולא מכח התחייבות כמבואר בדברי רע"א ושפיר הוצרכו התוס' לומר שהלכו לאו דוקא ואורחא דמילתא נקט.

ונראה לכאורה שלא רק שאין ראיה מהתוס' שחולק על הרא"ש אלא אדרבה מוכח בתוס' שס"ל כרא"ש. שהתוס' שהקשו למה כשלא הלכו לא מחייבים מדינא דגרמי הביאו ע"ז מב"ק ולמה לא הקשו מיניה וביה דכמו שבהלכו חייבים וע"כ היינו מדינא דגרמי, שהרי תוס' לא ס"ל שהלכו משעבד לדעת המחנ"א, א"כ בפשיטות ה"ל לאקשווי מ"ש הלכו שחייב מדינא דגרמי מלא הלכו שאינו חייב מדין גרמי. ומזה שהוצרכו להביא מב"ק ולא מהלכו מוכח דס"ל שאת הדין של הלכו אפשר להכין גם בלי גרמי מכח שהליכה משעבדת כדברי הרא"ש, אלא שהקשו אמאי לא נחייב גם בלי הלכו מדין מזיק כיון דק"ל כמאן דדאין דינא דגרמי.

בביאור מחלוקת הראשונים אם יש חיוב מזיק מדין גרמי על ההפסד שגרם בעה"ב לפועל בחזרתו או לא מבאר הקצה"ח בס' של"ג סק"ב ע"פ מה שמקשה אמאי כתבו התוס' שיש בזה חיוב מזיק הרי אין זה אלא מניעת רווח והוי כמבטל כיסו של חברו וכנועל בית חברו ומונע ממנו מלהשכירו לאחרים שאינו חייב מדין מזיק כמבואר בראשונים בב"ק כ. ותי' שמה שלא חייבים על מבטל כיסו של חברו הוא דוקא כשמניעת הרווח הוא ע"י מעשה בממונו אבל כשנעשה ע"י שמונע מגופו מלהרויח חייב מדין שבת, שחידשה תורה בחבלה של אדם באדם שחייבים גם על מניעת רווח כמבואר בב"ק פ"ה: דמשכחת לה שבת שלא במקום נזק בהדקיה באינדרונא. ועיין במחנ"א גזילה ס' י"א שגם עמד על שאלת הקצות מה הקשו התוס' שיתחייב מדין מזיק הרי זה מבטל כיסו של חברו. ובתחילה תי' באופן אחר ואח"כ כתב כדברי הקצות שחיובו מדין שבת. אך הקצות כתב ע"ז שלדברי הרמ"ה שהובא בקצות בס' ש"ח סק"ב שחיוב ד' דברים הוא דוקא כשהחבלה נעשית ע"י מזיק ממש אבל כשחיובו מדין גרמי ליכא אלא חיוב נזק ולא שאר ד' דברים. א"כ הכא שאין בעה"ב מזיק ממש אלא התוס' הקשו שיתחייב מדין גרמי לדעת הרמ"ה א"א לומר שחיובו מדין שבת דליכא חיוב שבת ע"י גרמי.

מדברי הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי מבואר דלא ס"ל כרמ"ה אלא שהמזיק אדם באופן שחיובו מדין גרמי חייב בכל הד' דברים. שהרמב"ן מקשה על הדין של חיוב שבת בהדקיה באינדרונא וז"ל ואי קשיא לרבנן דלא דייני דינא דגרמי היכי מחייב והא גורם הוא לבטלו ממלאכתו וגורם הוא לו שלא ירויח. לא קשיא דכיון דהדקיה מההיא שעתה הוא דאפסדיה עד דפתח ליה עכ"ל. הרי שבקושינו הבין הרמב"ן שהדקיה באינדרונא אינו מזיק ממש אלא רק גרמי ואעפ"כ לא קשיא ליה אמאי חייב שבת אלא לרבנן דלא דייני דינא דגרמי, אבל לר"מ שמחייב גרמי ניהא ליה. ומפורש שהרמב"ן חולק בזה על הרמ"ה וס"ל שגם בחבלה ע"י גרמי איכא חיוב ד' דברים. וכן מבואר במחנ"א הנ"ל בהל' גזילה ס' י"א שלומד אליבא דאמת שהחיוב של הדקיה באינדרונא הוא מדין גרמי ע"ש. וא"כ שפיר י"ל שהתוס' כאן ס"ל כרמב"ן וכוונתם להקשות שיתחייב על הפסד הפועלים מדין שבת שגם במזיק ע"י גרמי יש חיוב שבת. דהיינו שמחלוקת הראשונים בסוגיין אם יש על בעה"ב חיוב מדין מזיק או לא תלוי במחלוקת הרמב"ן והרמ"ה אם יש חיוב שבת במזיק של גרמי או לא.

מחלוקת הראשונים אם יש חיוב ד' דברים במזיק של גרמי או לא תלוי במה שיש לדון אם למאן דדאין דינא דגרמי גרמי הוא מזיק גמור ככל אדם המזיק או שגם מי שמחייב גרמי מודה שזה מזיק מחודש ולא חייבים בגרמי כל מה שחייבים במזיק ממש. ולא מיבעיא לראשונים שהחיוב של גרמי הוא מדרבנן בודאי פשוט שיתכן שלא חייבו רבנן כל מה שחייבים במזיק ממש, אלא אפי' לסוברים שגרמי חייב מן התורה מ"מ יתכן שהוא מזיק מחודש ואינו בכלל כל דיני מזיק. ומצאנו כמה מחלוקות בראשונים שיש לתלות בספק זה. נחלקו הראשונים אם במזיק ע"י גרמי אמרינן אדם מועד לעולם וחייב אפי' על אונס או לא. התוס' בב"ק ק: ובי"ב ב. כתבו על הדין של מחיצת הכרם שנפרצה שבעל הכרם חייב בנזק התבואה מדין גרמי רק אם אומרים לו גדור, מפני שאם לא אומרים יכול לומר שסבור היה שלא מוטל עליו לגדור ואינו חייב בנזק. וכתב ע"ז הרמב"ן בקונטרס דינא דגרמי שע"כ אין זה הטעם שגם מזיק ע"י גרמי חייב בין באונס בין ברצון ומה בכך שלא ידע הרי אדם מועד לעולם. אלא מה שאומרים לו גדור הוא מפני שאם חושב שלא מוטל עליו לגדור ליכא ניהותא ואין התבואה נאסרת כלל. ומבואר דפליגי התוס' והרמב"ן אי אמרינן במזיק של גרמי אדם מועד לעולם וחייב אפי' על אונס או לא. ויתכן דהתוס' שם ס"ל כשיטתם בב"ק נ"ד. וס"ב: שגרמי דרבנן לכן פטרו גרמי באונס והרמב"ן לשטתו דס"ל גרמי דאורייתא. אך היש"ש בפרק הגוזל בתרא סוף ס' מ"ז כתב שאפי' אם גרמי חייב מן התורה אינו חייב על אונס. והיינו משום דס"ל שגם מי שמחייב גרמי מן התורה אין זה בכלל מכה בהמה ישלמנה אלא דין מזיק מחודש ולא נאמר בו הדין של אדם מועד לעולם. היש"ש בס' שפ"ו סק"א בד"ה ועוד נ"ל ראיה ממאי, מוכיח שהראשונים דס"ל שגרמי אינו חייב באונס ס"ל שגרמי דרבנן. דס"ל שאם גרמי מן התורה הרי הוא ככל מזיק וחולק בזה על היש"ש.

עוד נחלקו הראשונים בב"ק מ"ח: בשור שנפל לבור והבאיש מימיו אם חייבים על נזקי ממונו שע"י גרמי כגון שור שהזיק ע"י גרמי. וגם זה תלוי במחלוקת הנ"ל שאם גרמי הוא מזיק ככל מזיק גם בגרמי דבהמתו יתחייב, ואם זה דין מזיק מחודש יתכן שלא נתחדש אלא באדם המזיק. [עיין בקה"י כאן ס' מ"ז שמבאר את המחלוקת של גרמי דבהמתו באופן אחר]. ובוזה תלוי גם מה שנחלקו הראשונים בגרמי דגרמי אם חייב או לא. שהקצה"ח בס' שפ"ו סק"ג מביא שבעה"ת ס"ל שהמוסר שטר שהוא גרמי דגרמי פטור. והש"ך ס"ל שזה מפני שס"ל שגרמי דרבנן אבל הקצות שם כתב שאפי' אם גרמי דאורייתא יתכן שגרמי דגרמי פטור. וזה יתכן רק אי אמרינן שגם המחייב גרמי מודה שאינו מזיק ככל מזיק אלא דין מזיק מחודש ולכן גרמי דגרמי אינו חייב.

נמצא ד' מחלוקות שתלויים בספק זה. א. מחלוקת אם יש חיוב ד' דברים בחבלה שע"י גרמי. ב. מחלוקת אם גרמי חייב על אונס. ג. מחלוקת בגרמי דבהמתו. ד. מחלוקת בגרמי דגרמי. והש"ך בכמה מקומות ס"ל שאם גרמי מן התורה הוא כמזיק לכל דיניו. א. בס' שפ"ו סק"א ד"ה ועוד נ"ל להביא ראיה ממאי, ס"ל שממה שאין גרמי חייב על אונס מוכח שגרמי דרבנן, וחולק על

היש"ש שכתב שאפי' אם גרמי דאורייתא אינו חייב באונס. ב.שם ד"ה ועוד נ"ל ראייה דדינא, מביא הש"ך שהיש"ש דוחה ראית התוס' שגרמי דרבנן ממה שנסתפקו בסוף הכונס אם עשו תקנת נגזל במוסר, שאפי' אם גרמי דאורייתא הוא יותר קל מכל מזיק. והש"ך לשטתו כתב שאם הוא מדאורייתא אין לחלק בינו לשאר מזיק. ג.הש"ך שהובא בקצות שם סק"ג ס"ל שרק אם גרמי דרבנן יש מקום לפטור גרמי דגרמי. והקצות חולק וס"ל שאפי' אם גרמי מן התורה אין זה מזיק ממש ויש מקום לפטור גרמי דגרמי.

עיקר מחלוקת הראשונים כאן אם יש חיוב גרמי על בעה"ב שחוזר וגורם הפסד לפועל יש לבאר באופן אחר אפי' אי נימא דכו"ע מודו שיש חיוב שבת גם כשהיובו מדין גרמי. שהחידוש של חיוב שבת שחייבים על מניעת רווח נתחדש בחובל בחברו. וחבלה היינו כשעושה מעשה בגוף האדם. וגם הדקיה באינדרונא ע"י שמכניס את האדם לאינדרונא והוא סגור שם ואינו ראוי למלאכה הוא נחשב חבול ויש בזה חיוב שבת. ובפרט לרמב"ם בפ"ב מחו"מ שכתב על הדין של הדקיה באינדרונא שאסרו בחדר וכתב האבן האזל שהרמב"ם מפרש לשון הדקיה באינדרונא שלא מספיק שהכניסו לאינדרונא אלא בעינן שיקשרנו בתוך האינדרונא. והיינו שאם אינו קשור אף שאינו יכול לצאת משם אין זה חבלה ורק כשהוא קשור שם הוא נחשב חבול. וגם החולקים היינו רק דס"ל שגם אם אינו קשור כיון שהוא סגור במקום זה ואינו ראוי למלאכה במצב זה הרי הוא כחבול אבל בנידון דידן האדם ראוי למלאכה מצד עצמו ואין בו שום חסרון אלא שאינו מוצא מלאכה בזה סוברים החולקים על תוס' דאין לחייב מדין שבת שאין כאן מציאות של חובל בחברו. וכל שאינו שייך לפרשת חובל אין בין מבטל אדם למבטל כיסו של חברו, שרק בחובל נתחדש חיוב שבת.

נמצא שיש לבאר מחלוקת הראשונים דסוגיין אם יש חיוב מזיק על בעה"ב שגרם ביטול מלאכה לפועל בב' אופנים. א.פליגי במחלוקת הרמ"ה והרמב"ן אם יש חיוב ד' דברים במזיק של גרמי. ב.פליגי אם יש לחייב מדין שבת בכה"ג שהאדם מצד עצמו ראוי למלאכה או ששבת הוא רק בחבלה ממש שהאדם עצמו אינו ראוי למלאכה. ועיין מה שכתבנו עוד בענין זה בס"ד בב"ק כ. ושם פ"ה:.

אבל אינו דומה וכו'. מבואר שאינו משלם אלא כפועל בטל. והיינו היכא דאינם מוצאים להשכיר עצמם כלל. אבל אם יכולים להשכיר עצמם בפחות בעה"ב משלים שכרם, ואז משלם הכל ולא כפועל בטל כיון שלא נתבטלו. ונחלקו הב"ח והש"ך בס' של"ג סק"ט כשיש אפשרות לעבוד ולקבל חלק משכרו מאחר ותשלום שכרו מבעה"ב או לא לעבוד כלל ולקבל הכל מבעה"ב ואז יקבל רק כפועל בטל אם תלוי ברצון הפועל או ברצונו של בעה"ב. ויש לעיין בזה דאולי יש נ"מ לענין זה בין אם חיובו של בעה"ב הוא מדין מזיק או אם חיובו מחמת התחייבותו.

בד"א שלא התחילו במלאכה. ביאור דברי הבריייתא דעד כאן איירי לענין כמה בעה"ב משלם על מה שלא עשו הפועלים והכא איירי לענין כמה משלם על החלק שעשו כשחזרו הם או שהוא חזר. ואה"נ אם חזר בעה"ב אחרי שהפועל עשה חצי וכבר אין הפועל מוצא מלאכה במקום אחר יתחייב בעה"ב גם על מה שלא עשה כפועל בטל כמו ברישא, שהדין של הרישא הוא בין בשכיר יום בין בקבלן כמבואר ברא"ש. ומש"כ רש"י דרישא איירי בשכירות והסיפא בקבלן עיין במהרש"א שגם לרש"י הדין של הרישא הוא בין בשכיר בין בקבלן אלא שהיה לרש"י הכרח לפרש שרישא דבריייתא לא איירי בקבלן אף שהדין הוא אמת גם בקבלן ע"ש. ומה שכתב רש"י שהסיפא הוא בקבלן היינו משום דמבואר לקמן שבשכיר יום מודה ר' דוסא לרבנן שאין יד הפועל החוזר בו על התחתונה.

מה שרבנן ס"ל שאין יד החוזר על התחתונה כתב הרא"ש שרבנן חולקים בזה על ר' דוסא בין לגבי חזרת הפועל בין לגבי חזרת בעה"ב. דנתבאר לעיל ששיטת רש"י והרא"ש שבעה"ב החוזר ידו על התחתונה לענין שאם הוול ושוה חצי סלע וחזר בעה"ב הוא משלם לפועל על החצי שעשה סלע וחצי. זה לר' דוסא אבל לרבנן אין יד בעה"ב החוזר על התחתונה ואם הוול משלם רק סלע. ולקמן ע"ז. יבואר בס"ד שרש"י חולק בזה על הרא"ש וס"ל שרבנן פליגי רק לענין חזרת הפועל ולא לגבי חזרת בעה"ב.

אם סלע נותן סלע. גירסת הגר"א אם שקל נותן סלע. היינו שאם שכר בעה"ב בב' סלעים ואחר שעשו חצי הוול המלאכה ושוה חצי עכשיו חצי סלע וחזר הפועל בעה"ב משלם סלע על החצי שעשה הפועל. לפי גרסא זו מבואר כאן דאף שרבנן יד הקבלן החוזר על העליונה מ"מ באופן הנ"ל אין בעה"ב משלם אלא סלע ולא סלע וחצי. ומבואר לפי גירסא זו דלא כשיטת הטור שהובא לעיל שאם חזר הפועל באופן שידו על העליונה והוול משלם בעה"ב סלע וחצי. אך ברש"י מבואר שלא גרס כגירסת הגר"א.

אבל בדבר האבד. כתב הרא"ש כאן בשם הראב"ד שהדין שבדבר האבד אם חזרו שוכר עליהם ומטען הוא אפי' אם עדיין לא התחילו במלאכה. וכן הובא בשיטמ"ק בשם הראב"ד. וראיתו שבמשנה מבואר שהטען זה את זה אין להם אלא תרעומת. והיינו כשלא הלכו דבהלכו בעה"ב משלם לפועל על מה שנתבטל ממלאכתו כמבואר בבריייתא. וא"כ גם הסיפא בדבר האבד שוכר עליהם איירי דומיא דרישא בלא הלכו. וכ"כ הש"ך בס' של"ג סק"ט. הקצה"ח בס' של"ג סוף סק"ב כתב בדעת מהר"ם שאין דין שוכר עליהם או מטען בדבר האבד אא"כ התחילו במלאכה שזה קנין שמחייב את הפועל. אך גם הקצות מודה ששאר הראשונים לא ס"ל כן שבסק"ג מביא שהנ"ל ס"ל שגם בלא התחיל במלאכה שוכר עליהם ובסק"א מביא הקצות את הש"ך הנ"ל. וצריך להבין טעם הדבר כיון שלא התחילו במלאכה וליכא אלא דיבור בעלמא אין עליהם שום שיעבוד למלאכה ולמה יהיה הדין ששוכר עליהם או מטען כשחזרו. ועיין בחזו"א ב"ק ס' כ"א סק"ל שכתב שיש ב' פסיקות בפועל, פסיקת דברים, ופסיקת שיעבוד על גופו או על נכסיו. פסיקת דברים אינו קנין לחייב ואעפ"כ זה גורם שבדבר האבד יכול לשכור עליו או להטעותו כיון שסמך עליו ומפסיד על ידו. ולכאורה כונתו שהוא משתעבד מדין ערב כמו שהובא לעיל בשם הריטב"א. ואפי' החולקים לעיל על הריטב"א וס"ל שאם לא שכר עליהם והופסד הפשתן אין הפועל משלם את מה שהפסיד בעה"ב מדין ערב היינו רק דלא חל עליו חיוב ממונן אם יוזק הפשתן אבל שיעבוד לעשיית הפעולה יש עליו מדין ערב כיון שבעה"ב סמך עליו ולא גרע דין ערב לענין זה מתחילת מלאכה. אך זה נחא רק לסוברים דאיירי באופן שלולא פועלים אלו היה בעה"ב שוכר

אחרים. אבל לשיטת הרמב"ן הדין של דבר האבד הוא אפי' כשבל"ה לא היו לו פועלים אחרים, ובאופן זה לא סמך עליהם ואין לחייב מדין ערב. וצ"ל כמו שכתב הנתיבות בס' של"ג סק"ג דהוי תקנ"ח.

בזמן שאין שם פועלים לשכור. הקשה הרא"ש מאי קמ"ל בזה פשיטא שאם יכול לשכור בזול למה ישכור ביוקר. וכתב שקמ"ל שאם היה יכול לשכור אחרים והטעה את הראשונים חייב לשלם להם כל מה שפסק להם ע"ש.

האי מאן דאגר אגרי לרפקא ואתא מטרא ומליא מיא ואינם יכולים לעשות מלאכתן אי סיירא לארעא פסידא דפועלים ואי לא סיירא לארעא פסידא דבעה"ב. כתב הנ"י שהכלל שיוצא מכאן הוא דכל היכא דאיכא פשיעה של הפועל כגון היכא דסיירא לארעא שהיה צריך לדעת דאי אתא מיטרא לא יוכל לעשות מלאכתו, אף דאיכא נמי פשיעה של בעה"ב פסידא דפועלים. וכן היכא ששניהם אנוסים פסידא דפועלים. ורק באופן שבעה"ב היה צריך לדעת והפועל אנוס הוי פסידא דבעה"ב. ראיית הנ"י דהיכא ששניהם אנוסים פסידא דפועלים הוא ממה דמבואר בסמוך שהשוכר את הפועל ולחצי היום שמע שמת לו מת או אוחזתו חמה נותן לו לפי מה שעשה ועל מה שלא עשה אינו מקבל כלום. ועיין ברע"א לקמן ע"ט. על תוד"ה אלא בספינה שתמה על ראיית הנ"י דשאני חלה או אחזתו חמה שהעיקוב הוא בפועל שהוא אינו ראוי למלאכה, בזה אף שהוא אנוס אינו נוטל שכרו. אבל אין מזה ראייה לאופן שהעיקוב הוא מצד בעה"ב, דומיא דהשוכר פועלים לרפקא ואתא מיטרא, שהחסרון הוא בשדה של בעה"ב שאינו ראוי לעשות בו מלאכה, בזה יתכן שאם שניהם אנוסים לא יפסיד הפועל שכרו. ולכאורה היה הנ"י יכול להוכיח מהאי מאן דאוגיר לדוולא ופסק נהרא בפלגא דיומא דאי לא עביד דפסק הוי פסידא דפועלים. ומוכח שכששניהם אנוסים הוי פסידא דפועלים אף שאין העיקוב בפועל. אך גם על ראייה זו כתב רע"א שעדיין אין להוכיח מזה דהיכא ששניהם אנוסים והעיקוב הוא בבעה"ב שאינו משלם כל השכר דשאני פסק נהרא שאין החסרון בשדה של בעה"ב אלא בנהר שהוא דבר חיצוני, אבל כשהעיקוב הוא בשדה של בעה"ב יתכן שאפי' ששניהם אנוסים יפסיד בעה"ב. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן ע"ט.

מה שבלא סיירא לארעא ליכא פשיעה דפועלים והוי פסידא דבעה"ב פרש"י שלא בכל קרקע המיטרא מונע את האפשרות לעדור, ויכול הפועל לומר שחשב ששכרו לעבוד בקרקע שאין המיטרא מפריע שם לעדור. וכן כתב הרא"ש ומוסיף עוד שאם לא סיירא יכול הפועל לומר שאינו מכיר את ענין השדה ולא ידע שמטרא מונע את העדור בשדה זה. ומבאר הרא"ש שמה שחייב בעה"ב באופן זה הוא משום דכיון שהוא יודע והם אינם יודעים היה לו לומר לפועלים שישכירו עצמם במק"א נמצא שבגרמתו הפסידו שכר פעולת יום. ונראה שכלול בדברי הרא"ש שני ענינים. שמה שהגמ' מחלקת בין סיירא לארעא ללא סיירא לארעא קאי על מה שמבואר בברייתא שאם הלכו פועלים ומצאו שדה שהיא לחה בעה"ב משלם להם שכרם משלם. וע"ז אמר רב חייא שאינו משלם כלל. והגמ' מבארת דר' חייא קאי על סיירא לארעא והברייתא בלא סיירא לארעא. ומבואר ברא"ש שמה שבעה"ב חייב לפועל כשהלכו ומצאו שדה שהיא לחה יש בו שני חיובים א. משום גרמי על מה שגרם להפסידו מלאכה במקו"א. ב. גם כשאין נזק שבל"ה לא היה משכיר עצמו הוא חייב מפני התחייבותו שחלה ע"י הליכת הפועל שהוא תחילת מלאכה. ועל שני חיובים אלו מבואר שהם רק בלא סיירא לארעא. וע"ז כתב הרא"ש שבלא סיירא לארעא כיון שבעה"ב יודע והפועל אינו יודע הוי ליה לבעה"ב להודיע לפועל שיתכן שלא יהיה אפשרות לעדור ואם לא הודיע כלול בהתחייבות שלו לשלם גם באופן זה. וזה גם סיבה לחייבו מדין מזיק כיון שהוא ידע והפועל לא ידע א"כ בעה"ב הוא הגורם להפסדו של הפועל וחייב מדין גרמי. אבל בסיירא לארעא אין לחייב לא מדין התחייבות כיון שגם הפועל ידע שיש צד שלא יוכל לעבוד ונשכר ע"ד כן ובכה"ג לא כלול בהתחייבות לשלם כשלא יוכל לעבוד וכן אין בעה"ב מזיק דכיון שידע הפועל איהו דאזיק נפשיה.

עוד כתב הרא"ש וז"ל דכל אונסא דלא איבעי לאסוקי אדעתיהו לא פועל ולא בעה"ב א"נ תרוייהו איבעי להו לאסוקי אדעתיהו פסידא דפועלים דהמוציא מחברו עליו הראיה וידו על התחתונה עכ"ל. מבואר בלשון הרא"ש שדין זה דהיכא שהם שקולים דהיינו שניהם אנוסים או שניהם לא אנוסים דהוי פסידא דפועלים אינו דין ודאי אלא כיון שבעה"ב מוחזק והפועל המוציא אינו יכול להוציא מבעה"ב כיון שטענותיהם שקולים. ולפ"ז היכא שכבר שילם בעה"ב לפועל אינו מוציא ממנו. ועיין ברמ"א בס' של"ד סע' א' שמביא הכלל היוצא מסוגיין דהיכא ששניהם אנוסים או ששניהם אינם אנוסים פסידא דפועל. ואח"כ כתב הרמ"א דמי ששכר בית לדור בו ומת בתוך זמן השכירות אינו משלם אלא רק מה שדר. דהיינו שלמדו דין שכירות בתים לענין זה משכירות פועלים, וגם בשכירות בתים אם שניהם אנוסים הוי פסידא דהמשכיר שהוא כהפועל ואין השוכר משלם מה שלא דר. ומביא הרמ"א שלענין שכירות בתים יש חולקים. וכיון שיש בזה מחלוקת כתב הרמ"א שאף שלתחילה פטור השוכר מלשלם אם שילם אינו חוזר ונוטל מן המשכיר. ומשמע שרק בבית שיש מחלוקת אם שילם אינו נוטל אבל בפועל גם אם שילם בעה"ב חוזר ונוטל. וכתב ע"ז הגאון בסק"ה שזה כדברי המרדכי שכתב שפסידא דפועל הוא משום דאיבעי ליה לאתנויי ומשמע דס"ל שזה דין ודאי. אבל למה שמבואר ברא"ש גם בפועל אין זה אלא ספק והוי פסידא דפועל משום דאמרין הממע"ה ואם שילם אינו חוזר ונוטל. וכדברי הרא"ש מוכח גם בדברי ריב"ם לקמן ע"ט: בתוד"ה אי אתה כמו שציין הגאון בסוף דבריו. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן ע"ט: .

מדין זה דהשוכר פועל וא"א לעשות את המלאכה שאם שניהם אנוסים פסידא דפועל לומד המרדכי בשם מהר"ם שהשוכר מלמד לבנו ומת הבן אין האב חייב לשלם שכרו דשניהם אנוסים והוי פסידא דפועל. וכעין זה כתב הרא"ש כאן בשם רבינו יואל היכא דחלה התלמיד ע"ש. אך עיין במחנ"א ה' שכירות ס' ד' וס' ח' שהמרדכי בשם ר' יואל כתב לגבי מת דלא כמהר"ם אלא דמשלם בעה"ב כל השכירות. נולגבי מלמד אינו משלם כפועל בטל אלא כל השכירות ממש דהוי כאכלושי דמחוזא כמבואר ברא"ש ובנ"י והובא ברמ"א ס' של"ד סע' ג' וס' של"ה סע' א', וההגהות אשרי תמה ע"ז שיכול ללמוד לעצמו או לאחרים בחנם ע"ש. ור' יואל למד כן מהא דאיתא לקמן שבספינה סתם ויין זה משלם בעל היין את כל שכירות הספינה כיון שהעיקוב הוא בו וכן כאן העיקוב הוא בבן ולא במלמד. ועיין מש"כ המחנ"א בביאור החילוק בין מת לחלה. ועיין מה שכתבנו בדברי ר' יואל בס"ד לקמן ע"ט. על תוד"ה אלא בספינה. ועיין ברמ"א בס' שכ"א סע' א' שכתב שמלמד שאינו יכול ללמד מפני גזירת המושל הוי מכת מדינה ונוטל כל שכרו. וקשה מ"ש מהא דמבואר כאן דהיכא דאיכא אונס פסידא דפועל. עיין בסמ"ע שם סק"ו והגאון סק"ז שעמדו בזה. וכתב הנתיבות בס' של"ד סק"א דמלמד אינו נוטל שכר על עצם הלימוד אלא שכר שמירת התינוקות ועל זה לא גזר המושל.

האי מאן דאוגיר אגורי לדוולא ואתא מיטרא וכו'. לרש"י הנ"מ בין אתא מיטרא לנהרא הוא שבמיטרא שניהם יודעים שיכול לבוא מיטרא ולא יהיה צורך להשקות. ובנהרא אין הפועלים יודעים מנהג שדהו ואיכא פשיעת בעה"ב ולא של פועלים. ולתי' השני בתוד"ה ואתא לענין זה אין נ"מ בין סיירא לארעא ללא סיירא לארעא שגם בלי סיירא ידוע שלא צריך להשקות אם יהיה מיטרא משא"כ לגבי רפקא לא תמיד המיטרא מונע עידור. ובתי' הראשון ס"ל דהכא נמי איירי בדסיירא לארעא. השיטה בשם הרשב"א והראב"ד פרשו החילוק בין מיטרא לנהרא באופן אחר. שאין נ"מ אם הגשם השקה את השדה או הנהר שגם גידול הנהר הוא ממי גשמים, אלא שאתא מיטרא היינו שהמיטרא משקה את השדה ואין צורך בעבודת הפועל כלל, ובאתא נהרא אין הנהר משקה את השדה אלא מקרב את המים לשדה ובמעט עבודה יכולים להשקות את השדה. וכיון שעדיין הוא צריך לחלק מעבודת הפועל צריך בעה"ב לשלם גם על השאר כפועל בטל.

האו"ש בפ"ט משכירות ה"ו כתב פשט חדש בביאור החילוק בין אתא מיטרא לאתא נהרא, שהוא שכר את הפועלים להשקות את השדה ממי הנהר. וכשאתא נהרא נעשה הדבר שבשבילו שכר את הפועל, ובזה אמרינן שמן השמים סייעו לפועלים ומלאכתן נעשית ע"י אחרים. משא"כ באתא מיטרא אין זה ההשקאה שבשבילו שכר את הפועלים דמי הגשמים הם מים אחרים. ובזה אמרינן דמן השמים סייעו לבעל השדה שלא יצטרך את מלאכת הפועלים. ובמקום שתולים שמן השמים מסייעים לפועל אינו מפסיד שכרו דהשקאת הנהר הוא רווח ידידה. וכשתולים שמן השמים מסייעים לבעה"ב אינו משלם לפועל ומה שנעשה ע"י הגשמים הוא רווח דבעה"ב.

תוד"ה דאגר אגורי. הקשו דהכא מבואר דאתא מיטרא פסידא דפועלים וקשה מגיטין שמבואר שאם הוסיף לאריס כדי שידלה יותר משאר אריסין ואתא מיטרא ר"י אמר הא לא דלה ואינו מקבל את התוספת, ורבה אמר הא לא אצטרין ומקבל את התוספת אף שלא הוסיף מלאכה. וכתבו לחלק בין פועל לאריס. והחילוק הוא ברור דחזינן דכו"ע מודו שאריס רגיל דלדו תלתא ושקיל ריבעא יקבל את כל שכרו גם אם אתא מיטרא ולא השקה תלתא, ומה תוס' לא הקשו מעיקרא דפשוט שאריס שאני מפועל, שפועל נשכר למלאכה מסוימת, ואם אינו עושה מלאכתו לא מגיע לו שכר משא"כ אריס אינו פועל לדבר מסוים אלא לכל צרכי השדה ואם אתא מיטרא ולא צריך לדלות תלתא בודאי שלא מנכים משכרו. אך היכא דמוסיף לאריס יותר משאר אריסים כדי שיוסיף מלאכה ס"ד דלענין התוספת שהוא עבור פעולה מסוימת דינו כפועל ואם אתא מיטרא לא יקבל תוספת. ותרצו דרבה ס"ל שהתוספת הוא גם חלק מן האריסות ולא תוספת שכר אך כדי שיוסיף על המנהג מוסיף שכרו אבל גם תוספת זו היא בגדר אריס ולא כפועל. ובזה גופא פליגי רבה ור"י שם אם התוספת הוא כפועל או ששינה לגבי את מנהג האריסות.

הנ"י כתב בשם הראב"ד חילוק אחר לישב קושיית התוס' מגיטין, והדברים מבוארים יותר בר"ן בגיטין ע"ד: בד"ה ההוא גברא. בדרך הראשון כתב הראב"ד דמה שמבואר כאן שאם אתא מיטרא פסידא דפועלים היינו דוקא בשכיר יום שהוא מקבל שכרו לפי העבודה, ואם אתא מיטרא ולא עשה מלאכתו אינו מקבל שכר. משא"כ בקבלן אין שכרו עבור טירחתו אלא על גמר המלאכה וכל שנגמרה מלאכתו בין על ידו בין ע"י אחר הוא נוטל שכרו. דהיינו שאין החילוק בין אריס לפועל כמש"כ התוס' אלא בין קבלן לשכיר יום. והרמב"ן חולק ע"ז וס"ל דאף שקבלן מקבל שכרו על גמר מלאכה מ"מ זה רק כשהמלאכה נעשה על ידו או ע"י שלוהו, אבל אם נעשה מאליהו גם קבלן אינו מקבל שכרו. ועוד כתב הראב"ד שאפי' בשכיר יום פעמים שמקבל שכרו אף שלא עשה מלאכתו. דמה שמבואר כאן דהוי פסידא דפועל היינו כשלא התחיל במלאכה ועדיין לא נתחייב בעה"ב בשכרו, אבל היכא דהתחיל במלאכה כבר נתחייב בעה"ב בשכרו של הפועל ואפי' אתא מיטרא ואין צריך למלאכתו נותן לו שכרו משלם. וגם ע"ז חולק הרמב"ן שאפי' התחיל במלאכה אם נעשית מלאכתו מאליה אינו נוטל שכרו.

ויש לעיין בדברי הראב"ד בפשט השני דמה שמבואר כאן בסוגיין דהיכא דאיכא פשיעת שניהם הוי פסידא דפועל קאי לפרש מה דמבואר בברייתא שהלכו חמרים ומצאו שדה שהיא לחה נותן להם שכרם משלם. ור' חייא אמר ע"ז שאינם מקבלים שכרם. וע"ז אמרו שתלוי אם סיירא לארעא או לא. הרי מבואר דהיכא דאיכא פשיעת של שניהם הוי פסידא דפועלים אפי' בהלכו שנתבאר לעיל שהוא כתחילת מלאכה. ואמנם הובא לעיל שיש ראשונים דס"ל שגם בהתחילו במלאכה ליכא חיוב על בעה"ב אלא מדין מזיק מ"מ לא מצאנו מי שסובר שתחילת מלאכה מחייב והלכו אינו נחשב כתחילת מלאכה, ומדברי הראב"ד לכאורה מוכח דס"ל שבתחילת מלאכה חל חיוב בעה"ב לפועל ואפי' אם לא עשה מלאכתו משום דאתא מיטרא מקבל שכרו ואעפ"כ בהלכו אינו מקבל שכרו כמבואר בגמ' דאף שהלכו אינו מקבל שכרו אלא בלא סיירא לארעא דהוי פשיעת בעה"ב ולא פשיעת פועלים, אבל היכא דאיכא פשיעת שניהם הוי פסידא דפועלים אפי' בהלכו. ומוכח לכאורה דס"ל לראב"ד שהלכו אין לו דין של תחילת מלאכה.

תוד"ה אתא מיטרא. לספרים דגרסי אתא מיטרא בליליא צ"ל דמיירי בסיירא לארעיה. דבריהם לכאורה אינם מובנים למה תלו דבריהם בגרסא דאתא מיטרא בליליא הרי גם כשהדבר שמונע את האפשרות לעשות מלאכתם הוא ביום הדין הוא שאם זה פשיעת בעה"ב ולא פשיעת פועלים הוי פסידא דבעה"ב כמבואר בסמוך היכא דפסק נהרא כפלגא דיומא, והיכא דאיכא פשיעת שניהם כגון דעביד דפסיק והם מבני מתא הוי פסידא דפועלים. וא"כ למאי דסברי התוס' בפשט הראשון לדמות השוכר פועלים לדוולא להשוכר פועלים לרפקא גם אי לא אתא מיטרא בליליא צריך לחלק בין סיירא לארעא ללא סיירא לארעא, וא"כ למה תלו התוס' דבריהם בגרסא שאתא מיטרא בליליא.

יד פועל על העליונה. נחלקו רבנן ור' דוסא אם קבלן שחוזר ידו על העליונה או על התחתונה. ר' דוסא ס"ל שרק שכיר יום שחוזר ידו על העליונה מקרא דעבדי הם אבל קבלנות שאינם עבדות אף שיכול לחזור מ"מ ידו על התחתונה. ורבנן ס"ל שגם קבלן שחוזר ידו על העליונה. ולכאורה נחלקו רש"י והרא"ש בטעמייהו דרבנן. דרש"י כתב בד"ה יד פועל על העליונה, דקאי על דברי רבנן דאיירי בקבלן, שמה שידו על העליונה הוא משום דכתיב עבדי הם ולא עבדים לעבדים. ולכאורה מפורש ברש"י שגם רבנן מודו דלולא קרא דעבדי הם היה יד החוזר על התחתונה אלא דס"ל שגם קבלנות הוא עבדות וגם ע"ז קאי קרא דעבדי הם. ובזה גופא פליגי ר' דוסא ורבנן, דר' דוסא ס"ל שרק שכיר יום הוא עבדות כמבואר בגמ' בסמוך, אבל קבלן שאינו עבדות כשחוזר ידו על התחתונה. ורבנן ס"ל שקרא דעבדי הם מלמד גם על קבלן שגם קבלנות הוא עבדות, וכיון שגם הוא בכלל עבדי הם ידו על העליונה, וקבלן לרבנן הוא כפועל לר' דוסא. אך אם זה טעמם של רבנן יצא שכל מה שרבנן חולקים

וס"ל דיד החזר על העליונה הוא רק כשחזר הפועל או הקבלן שעל שניהם נא' עבדי הם, אבל כשחזר בעה"ב דליכא טעמא דעבדי הם גם רבנן יודו שיד בעה"ב החזר על התחונה. וברא"ש כאן כתב בהדיא שכשם שרבנן ס"ל שיד פועל החזר על העליונה כך ס"ל נמי שיד בעה"ב החזר על העליונה. וברא"ש שאלו טעמים של רבנן משום דס"ל דקרא דעבדי הם קאי גם על קבלן אלא ס"ל שגם בלי קרא דעבדי הם אין יד החזר על העליונה, דלרבנן כל שנתחייב בדיבור בעלמא או בתחילת מלאכה בלי קנין גמור יכול לחזור ואין סיבה שיהיה ידו על התחונה. ועיין ברע"א ע"ו. ד"ה לכאורה שכתב בהדיא דרבנן ור' דוסא פליגי אם תחילת מלאכה עושה קנין לענין זה שאם חזר ידו על התחונה או לא. ובתוך הדברים כתב דבדאי לא פליגי אם שייך עבדי הם בקבלן או לא אלא דרבנן ס"ל שגם בלי עבדי הם אין ידו על התחונה כיון דס"ל שאין תחילת מלאכה עושה קנין כלל. ומה דמבואר לעיל שבהלכו ומצאו שדה לחה שנתחייב בעה"ב לרא"ש גם כשאינו מזיק, כתב רע"א שזה רק למאי דקי"ל כר' דוסא ולא לרבנן. הרי שפשיטא ליה לרע"א דפליגי אי תחילת מלאכה הוי קנין או לא ולא אם שייך עבדי הם בקבלן. וצ"ע דאף שברא"ש מוכח כן מדכתב שחולקים גם לגבי בעה"ב מ"מ ברש"י לכאורה מפורש דסברת רבנן משום דס"ל שגם בקבלן יש עבדי הם. ולרש"י פליגי רק בחזרת הקבלן ולא בחזרת בעה"ב.

ועיין במהרש"א על רש"י ד"ה מהו דתימא שמסתפק בפירוש בנידון זה אם סברת רבנן הוא משום דס"ל שגם בקבלן אמרינן עבדי הם, וא"כ פליגי רק לגבי חזרת הקבלן ולא בחזרת בעה"ב או שרבנן ס"ל שבלי עבדי הם יד החזר על העליונה ופליגי גם לגבי חזרת בעה"ב. אך גם המהרש"א לא הזכיר שברש"י מפורש שסברת רבנן משום עבדי הם, ולמה שנתבאר פליגי בזה רש"י והרא"ש. וכדברי רש"י משמע לכאורה מפשטות דברי הגמ' בסמוך, דרב אמר פועל יכול לחזור בחצי היום, דהיינו שאם חזר בו ידו על העליונה. ומבואר לעיל י. דטעמא דרב משום דכתיב עבדי הם. והגמ' שואלת מזה סתירה למה שאמר רב הלכה כר' דוסא. א"כ מבואר דס"ד דרב קאי כרבנן דר' דוסא וס"ל שביין פועל בין קבלן החזר ידו על העליונה והוא משום דכתיב עבדי הם. ורק כדי לישב דברי רב אליבא דר' דוסא הגמ' מחלקת בין פועל לקבלן, ומשמע שלרבנן בתרוייהו אמרינן עבדי הם, וזה כדברי רש"י.

יש עוד נ"מ במחלוקת זו. שהתוס' כתבו לעיל מ"ח. בשם ר"ת שאם משך בעה"ב כלי אומנותו של הפועל אין שניהם יכולים לחזור כלל ואפי' אם רוצים שיהיה ידם על התחונה דזה קנין גמור ואינם חוזרים כלל. ואעפ"כ כתבו התוס' שזה רק לענין בעה"ב או לענין חזרת קבלן אבל פועל יכול לחזור בו גם באופן זה דכתיב עבדי הם. ומה יהיה הדין בזה בקבלן לפי רבנן. דלמה שמבואר ברש"י שרבנן ס"ל שגם בקבלן אמרינן עבדי הם א"כ לרבנן גם בקבלן לא יועיל משיכת כלי האומנות אלא למנוע חזרת בעה"ב ולא חזרת הקבלן. אבל לרא"ש גם רבנן מודו שאין בקבלן עבדי הם אלא רבנן ס"ל שתחילת מלאכה אינו קנין ואינו גורם שיהיה ידו על התחונה משא"כ משיכת כלי האומנות שהוא קנין גמור ולא מצאנו שרבנן יחלקו בזה א"כ גם לרבנן לא יוכל קבלן לחזור כשמשך בעה"ב כלי אומנותו.

נמצא ב' דרכים בביאור מחלוקת ר' דוסא ורבנן. א. לרש"י פליגי אם יש בקבלן עבדי הם או לא. ב. לרא"ש פליגי אם תחילת מלאכה הוא קנין לענין שיהיה יד החזר על התחונה או לא. וב' נ"מ יש בזה א. אם חולקים גם לגבי חזרת בעה"ב או רק בחזרת הקבלן. ב. היכא דמשך בעה"ב כלי אומנותו של הקבלן אם הקבלן יכול לחזור לרבנן דר' דוסא.

דאייקר עבדתא ואימרו פועלים. לכאורה משמע שהפועלים חזרו מפני שאייקר עבדתא ורצו להשכיר עצמם לעבודה אחרת לפי יוקרא דהשתא. והקשה המחנ"א בשכירות פועלים ס' ז' ד"ה איברא מכאן על הטור בס' של"ג שכתב בשם ר"י שמה שפועל יכול לחזור בחצי היום היינו דוקא כשחזר בו סתם אבל אם חזר מחמת היוקר אין שומעין לו. ודין זה הובא ברמ"א שם סע' ד'. ומבאר המחנ"א טעמו שמה שפועל חזר בחצי היום הוא משום עבדי הם ולא עבדים לעבדים, והיינו דוקא כשחזר מפני שאינו רוצה להיות משועבד לעבודה, אבל כשחזר מחמת יוקרא שרוצה לעבוד אלא שרוצה יותר שכר לא שייך בזה הטעם של עבדי הם כיון דגלי דעתיה דניחא ליה בעבודתו. וקשה דכאן מבואר שיכול לחזור גם מחמת יוקרא. וכתב המחנ"א דצ"ל שאין כונת הגמ' דאייקר ואימרו פועלים שחוזרים מחמת היוקר אלא מילי מילי קתני דאייקר ושרצו לחזור אבל לעולם אין חזרתם מחמת היוקר. וכעין זה כתבו התוס' לעיל ע"ו. בד"ה השוכר על המשך דברי הגמ' כאן וצ"ע שלא הזכיר המחנ"א ע"ז את דברי התוס'. ומוסיף המחנ"א שמדברי הריטב"א נראה דמפרש כפשוטו שחזר מחמת היוקר וכתב שזה דלא כטור בשם ר"י.

אמנם דברי המחנ"א לכאורה אינם מובנים שמה שכתב הטור בשם ר"י שפועל חזר רק כשאינו חזר מחמת יוקרא אין הכונה שאם חזר מחמת יוקרא אינו חזר כלל, אלא דמה דקי"ל שפועל חזר בחצי היום וידו על העליונה היינו דוקא כשאינו חזר מחמת יוקר ואם חזר מחמת יוקר ידו על התחונה. שגם קבלן שאין בו הטעם של עבדי הם יכול לחזור אלא שידו על התחונה לר' דוסא. ושכיר יום שחזר מחמת יוקר לא גרע מקבלן. ואין כונת ר"י שאינו חזר כלל אלא שאין בחזרה זו סברת עבדי הם ובזה פועל וקבלן שוים ובדאי יכולים לחזור אלא שידם על התחונה. ועיין בחזו"א ב"ק ס' כ"ג סק"כ ד"ה פועל יכול לחזור שכתב שפשוט שכל דברי הטור הם לענין ידו על התחונה אבל עצם החזרה הוא אפי' אם חזר מחמת יוקר, ותמה על הפת"ת שם סק"ד שמשמע מדבריו שלא הבין כך ע"ש. וא"כ מה מקשה המחנ"א מכאן הרי כאן מבואר רק שיכול לחזור ולא שידו על העליונה וא"כ אין מכאן שום סתירה לדברי הטור בשם ר"י.

ונראה שלפי שיטת רש"י שהובא לעיל מובנים דברי המחנ"א. שהגמ' שאלה על מה שכתוב בברייתא שאם יגמרו מלאכתן יטלו שני סלעים פשיטא. ותרצו דאיייר דאייקר עבדתא ואימרו פועלים, ואזל בעה"ב ופייסינהו, מהו דתימא מצו אמרי ליה כי מפייסינן אדעתא דטפת לן אאגרא קמ"ל. ופרש"י שמה שהיה ה"א שיוכלו הפועלים לומר כן הוא מפני שלרבנן יד פועלים על העליונה. אבל לר' דוסא שיד פועל על התחונה אין ה"א שיוכל לטעון שנתפייס ע"ד שיוסיפו לו שכר. וכיון שמבואר ברש"י שכל מה שרבנן ס"ל שיד פועל החזר בו על העליונה הוא משום דס"ל שגם בקבלן אמרינן עבדי הם ולא עבדים לעבדים א"כ באופן שאין סברת עבדי הם ואין ידו על העליונה לא יהיה ה"א שיוכל לטעון כן. ועי"ז מקשה המחנ"א דלפי הטור בשם ר"י שאם חזר מחמת יוקרא אין טענת עבדי הם א"כ אמאי ס"ד הכא שיוכלו לטעון שהתפייסו ע"ד להוסיף שכר הרי אם אין ידם על העליונה פשוט שאינם יכולים לטעון כן והכא שחוזרים מחמת יוקרא אין סברת עבדי הם ואין ידם על העליונה אפי' לרבנן. אך א"כ י"ל שהטור בשם ר"י לא ס"ל בזה כרש"י אלא כרא"ש דטעמייהו דרבנן אינו משום דס"ל שגם

בקבלן יש עבדי הם אלא ס"ל שאין תחילת מלאכה קנין ואינו סיבה שיהיה יד החוזר על התחנות. ולכן גם כשחוזר מחמת יוקרא שאין סברת עבדי הם ידו על העליונה וס"ד שיוכל לטעון שלא התפייס אלא ע"ד לקבל תוספת שכר. ודברי ר"י נאמרו רק למאי דק"ל כר' דוסא שמחלק בין פועל לקבלן, וס"ל שקבלן שחוזר ידו על התחנות, ורק שכיר יום ידו על העליונה בגלל סברת עבדי הם בזה אמרין שאם חוזר מחמת יוקרא ליכא עבדי הם וידו על התחנות כמו קבלן.

רש"י ד"ה מהו דתימא. כתב שמה דס"ד שיוכל בעה"ב לטעון שנתפייס אדעתא דבצרי משכרן הוא לר' דוסא דס"ל שיד הפועל על התחנות ומוסיף רש"י שהטעם שידו על התחנות הוא משום דבעה"ב תפוס בממון והם באים להוציא ממנו. ולכאורה אינו מובן שגם בעה"ב החוזר ידו על התחנות לר' דוסא אף שהוא מוחזק. ועיין מש"כ בזה המהרש"א.

פועל יכול לחזור בו ואפי' בחצי היום. ומי אמר רב הכי והא אמר רב הלכה כר' דוסא. צריך להבין שאלת הגמ' דר' דוסא ורבנן לא פליגי אי יכול לחזור או לא אלא אם ידו על התחנות או על העליונה, ומה הסתירה ממה שאמר רב שיוכל לחזור לדברי ר' דוסא שאמר שידו על התחנות. אך הביאור הוא דהתוס' הקשו לעיל י. מה חידש רב שיוכל לחזור הרי מפורש במשנה בריש פרקין ובברייתא שיוכל לחזור ולא נחלקו ר' דוסא ורבנן אלא אם כשחוזר ידו על העליונה או לא. וכתבו דרב קמ"ל שיוכל לחזור וידו על העליונה. וכיון שזה כל מה שבא רב לחדש שפיר הקשו כאן על דבריו דסותר מה שפסק כר' דוסא שידו על התחנות.

התוס' לעיל מ"ח. כתבו בשם ר"ת שאם משך בעה"ב כלי אומנותו של הפועל אין שניהם יכולים לחזור דמשיכת כלי האומנות הוא קנין לקנות את הפועל. ועיין בהג"א כאן ס' ו' ד"ה ומכל תחילת מלאכה הוא קנין רק לענין שהחוזר ידו על התחנות אבל אם רוצה להיות ידו על התחנות יכול לחזור משא"כ במשיכת כלי האומנות לר"ת אינו יכול לחזור כלל אפי' אם ירצה להיות ידו על התחנות אלא כופין זה את זה שלא לחזור. והובאו דבריו בש"ך ס' של"ג סק"ד. התוס' שם הקשו על דברי ר"ת וא"ת מ"ש מפועל דיכול לחזור בו, והיה פשוט לתוס' שפועל חוזר אפי' כשמשך בעה"ב כלי אומנותו. וכתבו דשאני פועל שחוזר משום דכתיב עבדי הם משא"כ קבלן שאינו עבדות [החילוק בין פועל לקבלן הוא לגבי חזרת הפועל משום עבדי הם אבל לענין חזרת בעה"ב אין חילוק ביניהם ובשניהם אם משך כלי האומנות אין בעה"ב יכול לחזור וכמבואר ברמ"א בס' של"ג סע' א'].

רע"א בגליון הש"ס כתב על דברי התוס' שם וז"ל להדיא מחלקים כן לקמן דף ע"ז. וצע"ק עכ"ל. כונת רע"א להקשות דחילוק זה שכתבו התוס' ששכיר יום הוא עבדות וחוזר מכח עבדי הם וקבלן אינו עבדות מפורש בגמ' כאן ולמה חידשו התוס' חילוק זה מעצמם. אמנם מה שמבואר כאן ומה שכתבו התוס' הם שני ענינים שונים. שהגמ' איירי שכל ההתחייבות נעשה ע"י דיבור בעלמא ותחילת מלאכה. ובה בין פועל בין קבלן יכולים לחזור, וכל הגידון הוא לענין ידו על התחנות, ולענין זה מבואר בגמ' שפועל שהוא עבדות אם חוזר ידו על העליונה וקבלן שאינו עבדות אם חוזר ידו על התחנות. אבל התוס' איירי לענין קנין גמור שמונע לגמרי אפשרות חזרה. וע"ז קשה לתוס' שאם יש קנין גמור בפועל אמאי לא יועיל קנין זה למנוע גם את חזרת שכיר יום. וחידשו התוס' שגם לענין זה יש גזה"כ דעבדי הם שאין קנין פועל יכול למנוע חזרתו ורק בקבלן שאינו עבדות מהני הקנין שלא יוכל לחזור. דהיינו שמה שנאמר בגמ' לענין ידו על התחנות חידשו התוס' לגבי קנין גמור. ונראה דמה"ט כתב רע"א רק שצע"ק, דלא קשיא על עיקר הדבר שהוצרכו התוס' לחדש חידוש זה, אלא רק קשיא ליה כיון שעיקר החילוק בין שכיר יום לקבלן נזכר בגמ' היו צריכים התוס' להזכיר את הגמ' ולהוסיף שהחילוק שנאמר בגמ' לענין ידו על התחנות קיים גם לענין אפשרות חזרה כשמשך כלי אומנותו של הפועל. ושור' בחי' הג"ר מאיר שמחה כאן באות ה' שכתב שרע"א לא דק בזה במכ"ת שהתוס' ס"ל שהחילוק שנזכר בגמ' בין פועל לקבלן אינו לענין חזרה אלא לענין ידו על התחנות. ולכאורה נראה שגם רע"א נחית לזה כמו שנתבאר.

הריטב"א שהובא בשיטמ"ק בדף מ"ח. כתב על חידושו של ר"ת דהוי הלכתא בלא טעמא כי היאך זכה זה באומן שלא יחזור בו במשיכת כלי אומנותו. דהיינו שקשיא ליה איזה קנין זה משיכת כלי האומנות דלא נזכר קנין זה בשום מקום. אמנם בעיקר הדבר ששיך קנין בפועל שמונע חזרתו גם הריטב"א מודה שהריטב"א כתב בריש פרקין בשם מורי הרב שמה שמבואר במשנה שפועל יכול לחזור אם רוצה להיות ידו על התחנות אינו אלא במי ששכר פועלים באמירה בלא קנין שאם נתחייבו פועלים בקנין הרי המלאכה מוטלת עליהם ואפי' אם נאנסו חייבים להשלימה על ידם או ע"י אחרים או לשלם מה שהפסיד בעה"ב. ומבואר שגם הריטב"א מודה ששייך קנין גמור בפועל וכשיש כזה קנין א"א לחזור, ומה שקשה לריטב"א על התוס' הוא רק שמשיכת כלי האומנות אינו קנין.

אמנם בריטב"א יש חידוש נוסף שהתוס' דס"ל שמשיכת כלי האומנות הוא קנין כתבו שרק בקבלן הקנין מונע חזרה אבל בשכיר יום גם כשמשך בעה"ב כלי אומנותו יכול הפועל לחזור מקרא דעבדי הם, אבל הריטב"א כתב על משנתו דאיירי בין בקבלן בין בשכיר יום שאם קנו מידו אינו חוזר כלל. ומבואר דס"ל שאם יש קנין שמונע חזרה אין לחלק בזה בין פועל לקבלן מקרא דעבדי הם. ומזה באו התוס' לאפוקי כמו שנתבאר. כן כתב המחנ"א בשכירות פועלים בתחילת ס' ב' והקצות בס' של"ג סק"ה [אלא שהקצות שם כתב דלא קי"ל בזה כריטב"א] וגם הש"ך בס' של"ג סק"ד שרצה לדחוק בתחילה ולומר שהריטב"א קאי רק על קבלן ולא בשכיר יום מסיים שלשון הריטב"א לא משמע כן. נמצא דפליגי התוס' והריטב"א בתרתי. א. פליגי אם משיכת כלי האומנות הוא קנין או לא. ב. פליגי היכא שיש קנין גמור אם הגזה"כ דעבדי הם גורם שאעפ"כ שכיר יום חוזר או שעבדי הם מהני רק במקום שאין קנין שיהיה מותר לחזור לכתחילה ויהיה ידו על העליונה. אמנם לפי דברי האו"ש והחזו"א שהובאו לקמן בסמוך אין ר"ת והריטב"א חולקים בזה אלא שר"ת איירי לענין קנין בגופו של הפועל והריטב"א איירי לענין חוב ממון שמשעבד הפועל את עצמו לדמי מלאכתו.

בביאור דברי ר"ת איזה קנין הוא זה משיכת כלי האומנות העירני אחי הרה"ג ר' דוד שליט"א לעיין בגאון בס' ל"ט סקע"ג דמבואר שם בסע' י"ז שמלוה שאמר להלות ממון וכתב שטר ע"ז ללוה יכול לחזור בו. וכתב ע"ז הרמ"א בשם תש' הרשב"א שאם אמר להלות לו במשכון והחזיק הלוה במשכון אין המלוה יכול לחזור בו. והיינו משום דנתינת המשכון משעבד את המלוה להלות ללוה. וכתב שם הקצה"ח בסק"ט שהרשב"א בזה לשטתו דס"ל בקידושין ח: שמה שהמקדש במנה ולא נתן

את המנה אלא נתן משכון עליו אינה מקודשת משום דמנה אין כאן משכון אין כאן הכונה כמו שפירשו ראשונים אחרים שלא חל חיוב מנה ע"י נתינת משכון אלא הרשב"א ס"ל שנתנית משכון על מנה הוא קנין לחייב את המנה, ומה שאינה מקודשת הוא מפני שא"ל לקדש בהתחייבות דעדיין הממון אגיד גביה ולא יצא מרשותו. ולכן סובר הרשב"א שאם המלוה אמר שילווה ללוה ונתן ללוה משכון זה משעבד אותו ואינו יכול לחזור מזה דנתינת משכון הוא קנין להתחייב על ידו. הגאון כתב שם על דברי הרמ"א הנ"ל וז"ל דמשכון דין מכר ועיין תוס' דב"מ מ"ח. ד"ה והא כו' עכ"ל. ולכאורה כונתו להביא מקור מדברי התוס' דנתינת משכון הוא קנין לחיוב וכמו שמהני לשעבד את הפועל למלאכתו כך זה מועיל לשעבד את המלוה להלוות. וא"כ מבואר דס"ל שכונת ר"ת שכלי אומנותו של הפועל הם משכון על חיוב העבודה וע"י נתינת המשכון לבעה"ב משתעבד הפועל למלאכה.

הש"ך בס' של"ג סק"ד מקשה על דברי הריטב"א מה מהני קנין לשעבד את הפועל למלאכה הרי זה קנין דברים. ולפי דברי הגאון הנ"ל זה קשה גם על ר"ת דאמנם ס"ל שמשכיכת כלי האומנות הוא קנין לחיוב מ"מ זה רק מועיל לחיוב ממון ולא לחייב לעשות פעולה שזה קנין דברים כמבואר בב"ב ג. הקצות בסק"ה כתב שאין זה קנין דברים מפני שמשעבד גופו ע"י קנין זה ודמי לקנין העבדים שאינו קנין דברים. דהיינו שאין זה חיוב אלא קנין בגוף הפועל כעין קנין העבדים. גם החזו"א בב"ק ס' כ"א סק"ל כתב כן בדעת ר"ת שמה דס"ל שמשכיכת כלי האומנות הוא קנין אינו משתעבד בזה למלאכה דזה הוי קנין דברים אלא שבוזה קונה קנין בגוף הפועל. וזה לכאורה דלא כגר"א. ולגר"א צ"ב אמאי אין זה קנין דברים, ולחזו"א צ"ב איזה קנין זה משיכת כלי האומנות דמשכון יכול לעשות חיוב לדעת הרשב"א אבל לכאורה אינו מעשה קנין לקנות את גוף הפועל.

האור"ש בחידושי ב"ב ד' מבאר את שיטת הריטב"א באופן אחר. דמבואר בריטב"א שאם נתחייב הפועל בקנין אינו יכול לחזור בו ואפי' אם נאנס חייב להשלים מלאכתו ע"י עצמו או ע"י אחר או לשלם כל מה שהפסיד בעה"ב. א"כ מבואר דאין זה חיוב עבודה אלא חיוב ממון שנתחייב הפועל להעמיד את המלאכה או את דמיו לבעה"ב. ולכן אינו יכול לחזור מכת הדין של עבדי הם דאין זה חיוב עבדות אלא עובד לצורך עצמו כדי לפרוע חובו שחייב לבעה"ב, וכדי שלא יצטרך לשלם דמים הוא עובד בעצמו. ולדבריו לא קשה מה שהקשו הש"ך והקצות דהוי קנין דברים דאין זה חיוב עבודה אלא חיוב של דמי מלאכתו. וכן נראה מדברי המחנ"א בשכירות פועלים ס' ב' שכתב על דברי הריטב"א דכיון שחייב עצמו בכך הרי זה נעשה חוב עליו לעשותו והוי כשאר חיוב שאדם מתחייב לחברו שחייב עצמו וממונו לקיים אותו דבר. ומוסיף המחנ"א ונמצא דכי הוא עושה אצל בעה"ב היינו כדי לפרוע חובו. דהיינו כמש"כ האור"ש שאין זה עבדות כיון שעושה לצורך עצמו כדי לפרוע חובו לבעה"ב. גם החזו"א בב"ק ס' כ"א סק"ט בד"ה וכו' ב"י מפרש על דרך זה וז"ל ואם קנו מידו שמשעבד נכסיו להשלמת המלאכה בזה מודים כל הפוסקים דיוודין לנכסיו ושוכרין פועלים, ודברי הריטב"א בקנין סתם ודעת הריטב"א דקנין סתם בפועל הוא שיעבוד נכסי שלא יוכל לחזור דיש לפרש הקנין על אופן המועיל שאם ישעבד גופו לא יועיל כלום עכ"ל. ועל מה שפרשו הש"ך והקצות שכונת הריטב"א שע"י קנין סודר הוא קונה קנין בגוף העבד כעין קנין עבד עברי כתב החזו"א שם דנראה דאין קנין סודר מועיל כלום למיני גופו כמו שאין עבד עברי נקנה בחליפין כמבואר בקידושין ח. דהיינו שאף שהובא שבדעת ר"ת כתב החזו"א שהקנין של משיכת כלי האומנות הוא קנין בגוף הפועל למלאכה היינו מפני ששם אינו קנין סודר אבל הריטב"א דאירי בסודר ע"כ אינו קנין בגוף הפועל אלא חיוב ממון. וכיון שסובר החזו"א שקנין בגופו של הפועל אינו מונע חזרת שכיר יום מקרא דעבדי הם, לכן רק בר"ת דאירי בקבלן בלבד ומודה ששכיר יום חוזר אפשר לפרש שזה קנין בגופו, אבל הריטב"א דס"ל שע"י קנין סודר גם שכיר יום אינו חוזר ע"כ אין זה מכת קנין הגוף אלא שיש בזה שיעבוד ממון.

נמצא הדרכים בביאור דברי ר"ת א. מדברי הגר"א משמע שפרש דהוי שיעבוד למלאכה. ב. הקצות והחזו"א כתבו דהוי קנין בגוף הפועל. והדרכים בביאור דברי הריטב"א א. ע"י קנין סודר משעבד עצמו למלאכה. וע"י קשה דהוי קנין דברים כמו שמקשה הש"ך. ב. הקצות מפרש דע"י הסודר הוא קונה קנין הגוף בגופו של הפועל. ג. האור"ש והחזו"א מפרשים שע"י הסודר הוא מתחייב חיוב ממון על דמי מלאכתו, ולכן אין זה קנין דברים, ולכן לא שייך לענין זה עבדי הם שעובד לצורך עצמו כדי לפרוע חובו לבעה"ב.

הריטב"א בריש פרקין אחרי שכתב בשם מורי הרב שאם עשו קנין סודר אין הפועל יכול לחזור בו מוסיף הריטב"א וה"ה כשקבלו כבר כל שכרן. דהיינו דס"ל דמה דפועל יכול לחזור הוא דוקא כשעדיין לא קיבל כל שכרו אבל אם הקדים לו שכרו אינו חוזר. ועיין במחנ"א שכירות פועלים ס' א' שמבאר דס"ל שיש קנין הגוף בכל פועל ומה שחוזר הוא מדין גרעון כסף דלא גרע מע"ע שמגרע פדיונו ויוצא. אבל היכא דקיבל כל דמיו ואינו מחזיר את הדמים אינו יכול להפקיע את קנין הגוף שיש לבעה"ב בו. ועוד אופן שאין הפועל יכול לחזור בו מצאנו בדברי הריטב"א ב"ב ע"ו, הובא בשיטמ"ק ד"ה בד"א, שאם משך הפועל את הדבר שבו הוא עושה את המלאכה, כגון שקיבל לארוג בגד ומשך מבעה"ב את כל הצמר מיד זכה בשעבודו לשכרו, ובהיא הנאה משתעבד נמי האומן ושניהם אינם יכולים לחזור בהם שתקנו משיכה בשומרים. המחנ"א בשכירות פועלים ס' ו' ד"ה העולה מביא דברי הריטב"א כתב שמדברי הנ"י בפרק השואל משמע דלא ס"ל כן יעו"ש.

הרמב"ן לעיל ע"ו: הובא בשיטמ"ק בד"ה אבל הרמב"ן מבאר מה שבעה"ב חייב לשלם שכר הפועלים כשהלכו ומצאו שדה שהיא לזה דהליכה הוי כתחילת מלאכה וע"י תחילת מלאכה מתחייב בעה"ב בשכר הפועל. וז"ל הרמב"ן שם שכשם ששאר דברים נקנים בקנין כך שכירות פועלים נקנה בתחילת מלאכה והא דפועל חוזר בו בחצי היום גזה"כ הוא משום כי לי בני עבדים הלכך כיון שאין מוצאים עצמן לשכור חייב בעה"ב בשכר עכ"ל. מבואר דס"ל שתחילת מלאכה בפועל הוא קנין גמור ואעפ"כ פועל חוזר משום עבדי הם. ועיקר הקנין בתחילת מלאכה עיין בריטב"א לקמן צ"ט. ובקידושין מ"ז: על מה ששואל קרדום קונה ע"י שבקע בו שהוא תקנה"ח שיקנה ע"י תחילת מלאכה. וכן הוא בפועל לדעת הרמב"ן. והקשה המחנ"א בס' ד' דמבואר במשנה ובברייתא שגם קבלן יכול לחזור אלא שלר' דוסא ידו על התחונה ולדברי הרמב"ן שתחילת מלאכה הוא קנין גמור ומה שפועל חוזר הוא מקרא דעבדי הם זה שייך רק בשכיר יום ולא בקבלן. וכתב בזה המחנ"א שהרמב"ן ילמד שרק בשכיר יום תחילת מלאכה הוא קנין כיון שעושה עבודה בעה"ב, ורק בשכיר יום צריך להגיע לעבדי הם כדי שיוכל לחזור אחרי שהתחיל במלאכה, משא"כ קבלן בשלו הוא עושה ואין תחילת מלאכה ידיה קנין ולכן חוזר בו בלי דין עבדי הם אלא שקנסו שיהיה ידו על התחונה. אך המחנ"א מביא שבר"ב"ש מבואר שגם בקבלן תחילת מלאכה הוא קנין וכתב שלדבריו אה"נ בקבלן אין אחד מהם יכול לחזור אחרי שהתחיל במלאכה. ומה דקתני שאם חוזר ידו על התחונה אין הכונה שיכול לחזור אלא

שאם א"א לכופו למלאכה יהיה הדין שידו על התחתונה ויכול לנכות משכרו מה שצריך להוסיף כדי לשכור אחר. אמנם המחנ"א בס' ה' מוכיח שהתוס' לא ס"ל כן שהתוס' בדף י' כתבו שמוכח מהמשנה שפועל יכול לחזור והקשו מאי קמ"ל רב ומוכח דס"ל שהמשנה כפשוטה שיכול לחזור, ומוכח דס"ל דתחילת מלאכה אינו קנין גמור אלא רק לענין ידו על התחתונה [עיי' חזו"א ב"ק ס' כ"ג סק"א ד"ה משך]. וגם מש"כ המחנ"א בדעת הרמב"ן מיישב רק שלא יקשה לרמב"ן מחזרת קבלן אבל אכתי קשה בשכיר יום איך חוזר בעה"ב הרי בשכיר יום תחילת מלאכה הוא קנין לרמב"ן ומה שהפועל חוזר הוא מדין עבדי הם וזה שייך רק לגבי חזרת הפועל ואכתי קשה איך בעה"ב חוזר.

נמצא האופנים שיש קנין גמור בקבלן ואינו יכול לחזור אפי' אם ירצה להיות ידו על התחתונה הם א. משיכת כלי האומנות לר"ת. ב. קנין סודר לריטב"א. ג. תשלום כל המעות לריטב"א. ד. משיכת האומן את הדבר שעושה בו מלאכתו. ה. למחנ"א בדעת הריב"ש כל קבלן אחרי תחילת מלאכה אינו חוזר כלל.

עבדי הם. לעיל י'. מבואר שזה טעמו של רב שפועל יכול לחזור בחצי היום. ההגהות מרדכי בס' תנ"ט מקשה אם פועל נחשב עבדות למה מותר להשכיר עצמו למלאכה הרי אסור למכור עצמו בעבד עברי אא"כ אין לו מה לאכול כמבואר ברמב"ם פ"א מעבדים ה"א. ותי' שפועל אינו עבדות ממש ומה שלומדים שיכול לחזור מעבדי הם הוא בק"ו מעבד. אך כ"ז כשמשכיר עצמו לג' שנים ולא יותר דזה נחשב שכירות ולא עבדות, אבל אם משכיר עצמו ליותר מג' שנים יש ע"ז שם עבד ואסור לעשות כן. ומביא ראייה לדבריו מגמ' בשבת פרק מפנין דף קכ"ז: מעשה באדם אחד שירד מגליל העליון והשכיר עצמו אצל בעה"ב ג' שנים. ובדוקא נקט ג' שנים דיותר אסור להשכיר עצמו. ודבריו הובאו בדרכי משה ס' של"א וכתב שכן כתב המהר"ם בתשובה, והובא גם ברמ"א ס' של"ג סע' ג'. וע' בקצה"ח שם סק"ז שכתב שהאיסור הוא איסור דרבנן. וכתב הש"ך שם סק"ז בשם הבאר שבע שמדברי התוס' בדף י'. מוכח שחולק ע"ז שכתבו על הא דמבואר שם שפועל יכול לחזור מקרא דכי לי בני"י עבדים וז"ל נ"ל דמ"מ מותר אדם להשכיר עצמו דדוקא עבד עברי שאינו יכול לחזור בו ואינו יוצא קודם זמנו אלא בשטר שחרור עובר משום עבדי הם עכ"ל. וכיון שזה טעם ההתר מותר גם ליותר מג' שנים. ומתוס' זה מוכח נמי שמה שפועל חוזר אינו מדין גרעון כסף שבגרעון כסף גם עבד עברי יוצא קודם זמנו. ועיי' במחנ"א שכירות פועלים ס' א' שמביא דברי המהר"ם בתש' שמקשה איך פועל משכיר עצמו הרי הוא עובר על עבדי הם, ומוסיף המהר"ם ואע"ג דפועל יכול לחזור עבד עברי נמי יוצא בגרעון כסף. ולומד המחנ"א מדבריו דס"ל שחזרה של פועל הוא מדין גרעון כסף. וע"ז גופא חולקים התוס' ולכן ס"ל שפועל כיון שחוזר בלי גרעון אינו דומה לעבדות. ולפי שיטת התוס' מה שלומדים שפועל יכול לחזור מעבדי הם אף שכתבו שפועל אינו דומה לעבדות היינו דלולא קרא דעבדי הם פועל לא היה יכול לחזור והיה נחשב עבדות וזה גופא לומדים שיכול לחזור וממילא אינו עבדות ומותר להשכיר עצמו. וע"ע במחנ"א שם בהמשך דבריו שמביא שנחלקו הראשונים אם קרא דעבדי הם קאי על עבד עברי ולומדים פועל ק"ו מע"ע או שקרא קאי על פועל. ולדברי התוס' דפועל חוזר בלי דין גרעון כסף ע"כ דקרא קאי על פועל שא"א ללמוד חזרה של פועל מעבד שעבד עצמו אינו חוזר בלי גרעון כסף.

אמר מר מהיכן מגביהו. נחלקו הראשונים על מה קאי שאלת הגמ' מהיכן מגביהו. שיטת הרמב"ן במלחמות הנ"י והריטב"א דלא קאי כשרוצה לקיים את המקח כנגד מעותיו ותובע מהמוכר חלקו בקרקע, דבאופן זה דינו כמי שמוכר לחברו קרקע שאינה מסוימת שהדין הוא שמקבל פחות שבקרקעות המוכר דיד בעל השטר על התחתונה ויקבל זיבורית. אלא קאי היכא שאין הקונה רוצה לקיים את המקח לחצאים ותובע את מעותיו דהיינו המאתים וזו שנתן עבור חלק מן הקרקע. ואיירי שאין למוכר מעות ופורע חובו מן הקרקע. ומוסיף הרמב"ן דכן משמע מרש"י ד"ה מהיכן מגביהו שכתב מגבה לו חובו דמשמע שתובע חוב ולא קרקע בעין. ובזה כשפורע מקרקע משלם מעידית וכפי ערך הקרקע בשעת הפרעון ולא כפי שווי של שעת המכר, משא"כ כשרוצה לקיים את המקח ותובע חלקו מקבל זיבורית לפי ערך הקרקע בשעת המכר. ולרמב"ן ניהא לשון הגמ' בשאלה הראשונה אמאי גובה מעידית נכסיו לא יהא אלא בע"ח ובע"ח דינו בבינונית, דהא נמי הוי כבע"ח כיון שאינו תובע קרקע בעין אלא חוב ממון. אך צריך להבין לפירושו זה את השאלה השניה ועוד הא ארעא דיהיב זוזי, דהיינו אמאי מקבל עידית דשאר נכסיו הרי דינו לקבל מהקרקע שרצה לקנות. ובשלמא אם תביעתו היא לקיים חלק מן המקח ניהא שתובע חלק מאותה קרקע ולא קרקע אחר, אבל אם תובע מעותיו למה צריך לקבל את זה דוקא מתוך הקרקע של המכירה. אך כונת הגמ' לראשונים אלו הוא כמבואר בתוד"ה מעידית דאפי' את"ל שקנסו את המוכר שחזר בו שישלם מן העידית אין סברא שיקנסו שיקבל הקונה מן המשובח שבכל נכסיו הרי לא היה דעתו לקנות אלא קרקע זו, ודיינו אם נקנסו את המוכר שיתן לקונה מן העידית בקרקע זו שרצה הקונה לקנות. ותי' רנב"י שאה"נ אינו מקבל מעידית נכסיו אלא רק מעידית שבקרקע זה דקנסו את המוכר אבל קנסו רק לענין עידית שבה. ורב אחא ס"ל דכיון דדמי למזיק קנסו שיגבה הקונה גם מעידית דשאר נכסיו. זה פירוש דברי הגמ' לרמב"ן ודעמיה דכל הגמ' קאי על תביעת המעות ולא על קיום חלק מן המקח.

ברמב"ם בפ"ח ממכירה ה"ב מבואר שמה שהלוקח מקבל זיבורית כשהוא חוזר בו ועידית כשחזר המוכר הוא כשרוצה לקיים את המקח כנגד מעותיו ולא כרמב"ן כמבואר בכ"מ שם, דהיינו שס"ל ששאלת הגמ' מהיכן מגביהו קאי היכא שתובע הקונה קרקע כנגד מעותיו דאינו רוצה לבטל חלק זה של המקח. ועל מה שאמרו שגובה מעידית נכסיו הקשו אמאי גובה מעידית לא יהא אלא בע"ח. לשון הגמ' לפי הרמב"ם ק"ק דאמאי הקשו מכה בע"ח הרי אין כאן חוב אלא תובע קרקע בעין, וכונת הגמ' להקשות אמאי מקבל עידית הרי יד בעל השטר על התחתונה ודינו לקבל מזיבורית. ועוד הקשו הא ארעא דיהיב זוזי, ולרמב"ם שאלה זו כפשוטה איזה דין יש לו על שאר נכסי המוכר הרי הוא קנה קרקע זו. ותי' רנב"י שאינו מקבל משאר נכסיו אלא מעידית שבה ומה שמקבל עידית ולא זיבורית הוא קנס שקנסו את המוכר. ולרמב"ם כיון שעל חלק זה נתקיים המקח הוא מקבל לפי שומת שעת המכירה ולא כשווי של שעת הפרעון. והנ"מ לדינא בין הרמב"ן לרמב"ם הוא כשרוצה לקיים את המקח כנגד המעות אם מקבל חלקו מעידית או מזיבורית.

ויש לעיין לשיטת הרמב"ם איך יתפרש תירוצו של רב אחא שמקבל עידית דשאר נכסיו כיון שיש למוכר דין מזיק. ואמאי מקבל שאר נכסים הרי אינו תובע חוב אלא קרקע שקנה. וכתב בזה האבן האזל בפ"ח ממכירה ה"ב שבדעת רב אחא גם הרמב"ם מודה דאיירי בתובע מעותיו ואינו רוצה לקיים את המקח כלל. ובזה מקבל עידית דשאר נכסים שנתנו למוכר דין מזיק.

דהיינו שלרמב"ם רנב"י ורב אחא פליגי באיזה אופן קנסו שיקבל עידית. לרנב"י באופן שתובע חלקו במקח, ולרב אחא באופן שאינו רוצה בקיום המקח ותובע מעותיו. והרמב"ם פסק כרנב"י. וזה על דרך בעה"מ כמו שיבואר בסמוך.

בעה"מ כאן כתב דרנב"י ורב אחא לא פליגי כלל, אלא דרנב"י איירי כשרוצה לקיים את המקח ותובע חלקו בקרקע, ובזה קנסו את המוכר שיתן מעידית שבה ולא כעיקר הדין שמגיע לו זיבורית. ורב אחא איירי כשרוצה לבטל המקח ותובע מעותיו, ובזה קנסו את המוכר שאם אין לו כסף ופוער מקרקע יתן מן העידית של כל נכסיו כיון שנתנו לו דין מזיק. ובדעת הרמב"ם א"א לומר דס"ל לגמרי כבעה"מ דלא פליגי כלל שא"כ היה הרמב"ם צריך להביא גם את דברי רב אחא ולא הביא אלא את דברי רנב"י. אלא שגם הרמב"ם וגם בעה"מ ס"ל דרנב"י איירי כשמקיים חלק מן המקח ותובע קרקע, ורב אחא איירי כשתובע מעותיו, ובעה"מ ס"ל שרנב"י מודה לדברי רב אחא, ורב אחא מודה לדברי רנב"י, ולכו"ע היו שני קנסות א. שאם תובע מעותיו מקבל מעידית נכסיו. ב. כשתובע חלקו בקרקע מקבל מעידית שבו. והרמב"ם ס"ל שרנב"י ס"ל שהקנס היה רק כשתובע את גוף הקרקע שיקבל מעידית שבו אבל אם תובע מעותיו אינו מקבל עידית. ורב אחא ס"ל שקנסו רק כשתובע מעותיו שיהיה דינו כמזיק וגובה מעידית כל נכסיו, אבל כשתובע גוף הקרקע מקבל מזיבורית שבו. והרמב"ם פסק כרנב"י.

הסמ"ע בס' ק"ץ סק"א לומד בדעת הרא"ש שגם כשחזר המוכר ותובע הקונה קרקע אין הפשט שהמקח קיים כנגד מעותיו כמו שלמדו שאר הראשונים אלא כיון שלא חל המקח כולו בטל המקח גם לגבי מה שכנגד המעות ומה דקתני רצה אומר לו תן לי קרקע היינו שזכותו לתבוע מעותיו מן הקרקע, ולרא"ש גם כשתובע קרקע הוא מקבל לפי מה ששועה בשעת הפרעון ולא כשאר הראשונים שאם תובע קרקע הוא מקבל לפי מה שהיה שועה בשעת המכר שלענין זה לא בטל המקח. וכל המשך דברי הגמ' לפי' הרא"ש הוא כמו לרמב"ן דתביעת קרקע לרא"ש דמי לתביעת מעות כשאין למוכר מעות לרמב"ן, שגם זה תביעת חוב ולא תביעת קרקע בעין. ועיין בנתיבות שם סק"ו שמקשה על פירוש הסמ"ע ברא"ש ומפרש דברי הרא"ש באופן אחר.

תוד"ה לא יהא אלא בע"ח. כתבו דשאלת הגמ' לא יהא אלא בע"ח הוא על מה שכשחזר המוכר מקבל הקונה עידית אמאי מקבל עידית ולא בינונית כבע"ח. אבל על מה שכשחזר הקונה הוא מקבל זיבורית לא קשיא אמאי אינו מקבל בינונית כבע"ח, שגם בע"ח מן התורה בזיבורית אלא שתקנו בינונית משום נעילת דלת והכא ליכא נעילת דלת כיון שהכסף לא ניתן מעיקרא כמלוה אלא לשם קנין א"כ עיקר דינו הוא בזיבורית. והקשו ע"ז התוס' א"כ אמאי בתירוץ אמרו מעידית שבה ומזיבורית שבה הרי לא היה קשה אלא מעידית ואמאי הוצרכו לתרץ גם על זיבורית. ולכאורה אין דבריהם מובנים שבגמ' הקשו תרתי. א. לא יהא אלא בע"ח. ב. הא ארעא דיהיב זוזי. ואמנם השאלה הראשונה היא רק על עידית ולא על זיבורית אבל השאלה השניה היא גם על זיבורית דלמה יקבל זיבורית דשאר נכסיו הרי דינו רק על קרקע זו שרצה לקנות. וכדי לישב את השאלה השניה אמרו מעידית שבה ומזיבורית שבה ומה הקשו התוס' למה צריך לתרץ על זיבורית.

ונראה דמוכח מזה שהתוס' מפרשים כשיטת הרמב"ן והנ"י שהשאלה מהיכן מגביהו קאי על תביעת מעותיו ולא על תביעת חלק ממקח הקרקע. שאם הגמ' קאי על תביעת חלק מן המקח בודאי ששאלת הגמ' ועוד הא ארעא דיהיב זוזי היא גם על זיבורית דאמאי יקבל זיבורית שאר נכסיו הרי הוא תובע חלק מן הקרקע שקנה ולא קרקע אחר. ולרמב"ם בודאי צריך לתרץ גם על זיבורית שגובה מזיבורית שבה ואין מקום לדברי התוס'. אבל לפירוש הרמב"ן דאיירי שתובע מעותיו נתבאר ששאלת הגמ' הא ארעא דיהיב זוזי הוא שלא מסתבר לקנוס שיגבה מעידית של שאר נכסים. וזה קשה רק על עידית שהוא קנס ודיינו לקנוס שיגבה מעידית של אותה קרקע. אבל מה שבחזר הקונה הוא גובה מזיבורית אין זה קנס אלא כך דינו כדן בע"ח שאין בו נעילת דלת. וכיון שלרמב"ן השאלה השניה היא רק על עידית ולא על זיבורית וכתבו התוס' שהשאלה הראשונה נמי קשיא רק על עידית א"כ לגבי זיבורית לא קשה כלל ולא צריך לתרץ מזיבורית שבה. וניחא דברי התוס' אי ס"ל כשיטת הרמב"ן. ובל"ה מבואר שהתוס' ס"ל כרמב"ן מהמשך דבריהם שכתבו א"נ דקשיא לגמ' גם על זיבורית אמאי גובה מקרקע כלל הרי דינו של בע"ח הוא במעות ולא ניהא לגמ' לפרש דאיירי כשאין לו מעות. ואם איירי שתובע את גוף הקרקע אין מקום לשאלה זו, אלא מפורש דס"ל כרמב"ן דאיירי שתובע מעותיו ואינו רוצה לקיים את המקח כלל.

אך א"כ צ"ב בהמשך דברי התוס' שכתבו שתי' הגמ' על שאלה זו היא שגובה מעידית שבה ומזיבורית שבה אף דשאר בע"ח גובה ממעות ולא מקרקע הכא שאני לפי שנתקיים המקח כנגד המעות שנתן. ודברי התוס' לכאורה סתרי אהדידי שממה שפרשו קושיית הגמ' מוכח דס"ל דאיירי שאינו רוצה בקיום המקח ותובע מעות כרמב"ן, ובתי' הגמ' פרשו שהמקח קיים כנגד המעות ותובע גוף הקרקע כרמב"ם. ומבואר מזה שהתוס' יש להם פירוש אחר בזה דזה גופא תלוי בשאלה ובתירוץ. דבה"א ס"ד שתובע מעותיו ועל זה הקשו לא יהא אלא בע"ח ועוד הא ארעא דיהיב זוזי. ותי' רנב"י מעידית שבה דהיינו דלא איירי שמבטל המקח ותובע מעותיו אלא שמקיים המקח וקנסו שיקבל מעידית שבה.

נמצא שיטות הראשונים בענין זה א. שיטת הרמב"ן והנ"י שכל הסוגיא איירי כשתובע מעותיו ובזה קנסו לרנב"י שיגבה מעידית שבה. ולרב אחא קנסו שיגבה מעידית שאר נכסיו. והיכא שרוצה לקיים את המקח לא קנסו כלל ומקבל חלקו מן הזיבורית. ב. הרמב"ם ס"ל שלרנב"י גם כשתובע את חלקו בקרקע ואינו רוצה לבטל את המקח קנסו את המוכר ומקבל חלקו מעידית שבה. ורב אחא חולק על קנס זה וס"ל שקנסו רק כשתובע מעותיו שיגבה מעידית שאר נכסיו כדן מזיק. ג. בעה"מ ס"ל דרנב"י איירי כשתובע קנינו בקרקע ורב אחא איירי כשתובע מעותיו ולא פליגי כלל. ד. הרא"ש לדעת הסמ"ע ס"ל שהקנין בטל לגמרי ואינו יכול לתבוע לקיים את המקח כנגד המעות אלא מה שתובע קרקע היינו שתובע מעותיו מקרקע ובזה קנסו שיקבל מן העידית. ונ"מ שאינו מקבל לפי מה שהיה שועה בשעת המכר אלא כשעת הפרעון. ה. שיטת התוס' שבה"א הגמ' הבינה דאיירי שתובע מעותיו ולמסקנא שתי' רנב"י שגובה מעידית שבה היינו דאיירי שרוצה בקיום המקח כנגד מעותיו וקנסו שיקבל חלקו מן העידית שבה.

והריני נושה בו ח' מאות זוז קנה. מבואר דאע"ג שהמאתים זוז שנתן אינו ראוי לקנות את כל השדה כיון דעייל ונפיק אזוזי מ"מ אם זקפן עליו במלוה קנה. ולכאורה הכונה שקונה ע"י המאתים זוז שנתן ואין חסרון במה שלא נתן את השאר כיון שזקפן עליו במלוה וזה נחשב כחוב אחר שאינו קשור לקנין הקרקע. וא"כ זה מועיל רק כשנתן חלק מן הכסף אבל אם לא

נתן כלום אלא זקף את כל האלף במלוה לכאורה זה לא יועיל דאמנם אין מה שמעכב אבל גם מעשה קנין אין. אמנם בשיטמ"ק בשם הריטב"א לא כתב כן אלא שגם אם לא נתן כלום וזקף את הכל במלוה קנה. ועיין בחי' הריטב"א הישן שמביא שיש ראשונים שכתבו שגם אם זקף את הכל במלוה מהני וכתב שאינו נראה דכסף אין כאן ובמה יקנה. ועיין במחנ"א בהל' קנין מעות ס' ה' שמביא את מחלוקת הראשונים בקידושין ה. וזו: אם התחייבות מהני לקנין כסף באשה ובשדה. ומביא המחנ"א מהריטב"א כאן דמוכח מדבריו דס"ל שהתחייבות מהני לקנין, וזה כונת הריטב"א דכיון שזקפן במלוה נעשה ממון זה חוב על הקונה ובהתחייבות הוא קונה את הקרקע.

והיה ליה כניזק ותנן הנזקין שמין להם בעידית. כתבו התוס' דאינו מזיק ממש שהרי אינו משלם לפי מה שהזיק אלא שקנסוהו ושווהו כמזיק. לשון הריטב"א הוא דאינו מזיק ממש דהא אין זה אלא גרמא בנזקין דפטור אלא רבנן קנסוהו ושווהו כמזיק. ומביא ע"ז השיטמ"ק שהראב"ד כתב דהאי מזיק דקאמר דינא דגרמי. וע"כ אין כונת הראב"ד דהוי גרמי ממש שהרי אינו משלם מה שהזיק אלא גם הראב"ד ס"ל כתוס' והריטב"א שאין זה אלא קנס להשוות אותו למזיק אלא שהראב"ד ס"ל שאפי' בדרך קנס אין לדמותו למזיק ממש אלא רק למזיק של גרמי, וע"כ דברייתא זו סברה כמאן דדאין דינא דגרמי. בשו"ע ס' ס"ו סע' ל"ב מבואר שהמוכר שט"ח לחברו וחזר ומחלו שמשלם מדינא דגרמי משלם מהיפה שבנכסיו כדין מזיק שמשלם מעידית. וכתב שם הגאון בס"ק קכ"ו שהמקור שמזיק ע"י גרמי משלם מעידית הוא מהא דמבואר בב"ק ה. דמוסר שוה לכל שאר האבות מזיקין לענין שמשלם ממיטב, ובפרק בתרא דב"ק מבואר שחיובו של מוסר הוא מדינא דגרמי. ומבואר שגם מזיק ע"י גרמי משלם מעידית. ומוסיף הגאון ועי' ב"מ ע"ז: וכונתו שגם כאן מבואר שמזיק של גרמי משלם עידית. וזה כדברי הראב"ד שמה דחשיב הכא כמזיק היינו מזיק של גרמי ואעפ"כ מבואר דמשלם מחמת דינא דגרמי משלם מעידית בניי' כאן שגם כתב כראב"ד שהמזיק כאן הוא מדין גרמי וכתב ע"ז ומכאן נלמד דכל דמשלם מחמת דינא דגרמי משלם מעידית שבנכסיו כמזיק. ומה שצריך מקורות לזה הוא כמו שנתבאר לעיל דגרמי הוא מזיק מחודש ולא נוהג בו כל מה שנוהג בכל מזיק.

ערבוני יקון. רש"י מפרש דמה שאינו קונה בלשון זה הוא משום דמשמע שרוצה שכסף זה יהיה קנין על הכל ואין מאתים ראוי לקנות אלף אא"כ נותנו תחילת פרעון. התוס' לעיל מ"ח: הקשו על רש"י שאם מכר לו שדה באלף וזו נתן ה' מאות סתם קנה הכל ומחזיר את השאר אפי' אחר כמה שנים כ"ש כשאומר בפירוש ערבוני יקון שיקנה הכל. לכן כתבו שלשון ערבוני יקון אינו לשון שמשמע שרוצה לקנות הכל אלא שהערבון יהיה קנוי אם יחזור בו. וכבר כתבו האחרונים [עיין אבן האזל פ"א ממכירה ה"ד] דרש"י ותוס' פליגי במה שנחלקו הסמ"ע והט"ז בס' ק"ץ. שהסמ"ע שם כתב שכסף אינו מועיל לקנין כשנותנו לשם קנין אלא בעינן דוקא שיתן לשם תחילת פרעון דמי הקרקע. דהיינו שכדי שכסף יקנה צריך שהכסף יהיה תשלום עבור הדבר הנקנה וכסף שניתן כדי שיהיה מעשה קנין אין זה קנין כסף. והט"ז שם חולק וס"ל שגם אם אין הכסף תשלום אלא ניתן לשם קנין מהני. ורש"י ס"ל כסמ"ע לכן לשון ערבוני יקון שמשמע שיהיה לקנין ולא לתשלום מקלקל את הקנין. והתוס' ס"ל כט"ז שאין בזה חסרון ואדרבה עדיף כיון שפירש שיקנה בזה את הכל.

הט"ז מביא ראיה לשיטתו מקידושי אשה דס"ל שלא שייך לומר בזה שהכסף הוא תשלום עבור האשה שאין האשה ממון וע"כ שהכסף ניתן לשם מעשה קנין בלבד. האב"מ בס' כ"ט סק"ב כתב שהעיקר כסמ"ע ודוחה את הראיה מקידושין שגם באשה שייך תשלום עבור האשה ע"ש. ומביא האב"מ ראיה לסמ"ע מגיטין ל"ט: דאף שעבד קונה עצמו בכסף ופוקע ע"ז גם קנין האיסור מ"מ היכא דפקע הממון ונשאר רק קנין האיסור לא מהני כסף להפקיע הקנין איסור לבד שכבר פקע כספיה. ומבאר האב"מ הטעם מפני שאחר שפקע קנין הממון אין הכסף יכול להיות תשלום ואינו אלא מעשה קנין וזה לא מהני דבעינן שכסף הקנין ינתן כתשלום עבור הממון שהוא קונה. הנתיבות בס' ק"ץ נקט שהעיקר בזה כט"ז, וראיתו מהא דמבואר בקידושין ו: שגם כסף שניתן ע"מ להחזיר מהני לקנין כסף אף שאינו ראוי לפרעון, וע"כ דסגי בכסף שניתן לשם מעשה קנין. וע"ע מה שכתבנו בזה בס"ד בריש פ"ק דקידושין.

עייל ונפיק אזוזי. כתבו התוס' שמה שעייל ונפיק אזוזי מעכב את חלות הקנין עד שישלם הוא לאו דוקא בקנין כסף אלא גם אם קנה קרקע בחזקה או מטלטלין במשיכה אם עייל ונפיק אזוזי אינו קונה ויכול לחזור. בעה"מ כאן חולק בזה על התוס' וס"ל שרק בקנין כסף אמרינן הכי אבל אם משך חל הקנין מיד ואינו חוזר אף דעייל ונפיק אזוזי. רע"א בגליון השו"ע ס' ק"ץ סע' י"א מציין לדברי בעה"מ ע"ש. הרמב"ן במלחמות חולק וס"ל כתוס'. [ועיין ברמב"ן שמקשה שדברי בעה"מ לכאורה סתרי אהדדי דמהמשך דבריו משמע שגם בחזקה אם עייל ונפיק אינו קונה]. סברת בעה"מ לחלק בין קנין משיכה לקנין כסף הוא שמשכיח הוא בהכרח מעשה קנין על כל החפץ שהרי משך כולו, ואין האומדנא שדעתו אכספא חזק מספיק לעכב את מעשה הקנין. משא"כ בקנין כסף כשנותן מקצת כסף זה יכול להתפרש כמעשה קנין על הכל ויכול להיות מעשה קנין כנגד המעות בלבד. והיכא דעייל ונפיק אזוזי האומדנא הוא שאינו מקבל את מקצת הכסף כקנין על כל הקרקע אלא רק כנגד המעות. ולענין זה מהני האומדנא לצמצם את מעשה הקנין, אבל במשיכה דבהדיא איכא מעשה קנין על הכל אין האומדנא מספיקה לעכב את חלות הקנין.

ויש להסתפק לדעת החולקים על בעה"מ דס"ל גם כשיש מעשה קנין על הכל כגון בקנין משיכה העייל ונפיק אזוזי גורם שלא יחול הקנין אלא כנגד המעות מה ס"ל בקנין כסף. ד"ל שגם שם המקצת כסף הוא מעשה קנין על הכל אלא שהעייל ונפיק אזוזי עושה בקנין כסף מה שהוא עושה בקנין משיכה, דאף שיש מעשה קנין על הכל אינו חל על השאר עד שיתן את כל הכסף. או שבקנין כסף גם החולקים מודו שהעייל ונפיק אזוזי גורם שכל מעשה הקנין יהיה רק כנגד מעותיו. ויש נ"מ מזה למעשה, דבסמוך מבואר דהמוכר שדה מחמת רעתה הקנין חל לפני נתינת כל המעות אף דעייל ונפיק אזוזי. והגמ' מסתפקת היכא דבעי לזבוני בק' ואינו מוצא אלא בר' ואם היה טורח היה מוצא בק' אי חשיב כמוכר מפני רעתה או לא. דהיינו שיש ספק אם באופן זה העייל ונפיק אזוזי מבטל את הקנין או לא.

הראשונים בשיטמ"ק כתבו דאף שבכל ספק במכירה אמרינן שהקרקע בחזקת מ"ק ועל הקונה להביא ראיה שחל הקנין כאן אם המוכר חוזר בו עליו להביא ראיה דאין כאן ספק בעיקר מעשה הקנין אלא יש ודאי מעשה קנין וספק אומדנא שגורם אפשרות חזרה ואין ספק מוציא מידי ודאי. וכן נפסק בשו"ע ס' ק"ץ סע' י"ג. ובט"ז שם כתב שדין זה הוא בין כשקנה במשיכה

בין כשקנה בכסף, דבתרווייהו איכא ודאי מעשה קנין וספק דבר המבטל ואין ספק מוציא מידי ודאי. אבל בשיטה כאן בשם הראב"ד מפורש שלא כדבריו שכתב בהדיא לחלק לענין ספק בין אם הקנה במשיכה לקנין כסף. והחילוק הוא דבמשיכה יש מציאות של מעשה קנין על כל החפץ ובוזה כשיש ספק אם העייל ונפיק מבטל או לא אמרין אין ספק מוציא מידי ודאי. אבל בקנין כסף על הצד שיש כאן דין של עייל ונפיק אזווי זה גורם שהקנין הוא רק עד כדי דמיו ולא על הכל. ולגבי זה כשיש ספק זה ספק בעיקר הקנין אם הוא על הכל או לא. ומספק מעמידים בחזקת המ"ק. דהיינו דאף דאנן לא קי"ל כסברת בעה"מ וגם כשיש מעשה על הכל העייל ונפיק מעכב את החלות מ"מ גם לדין כסף עדיף לענין זה משאר קנינים שבכסף זה גורם שאין מעשה קנין כלל על השאר. ונ"מ אם במקום ספק אמרין אין ספק מוציא מידי ודאי או לא. והראב"ד ס"ל שגם לדין יש נ"מ בין קנין כסף למשיכה. והט"ז לא ס"ל כן אלא ס"ל שגם בקנין כסף מעשה הקנין הוא על הכל אלא שהעייל ונפיק גורם שלא יחול אלא כנגד המעות כמו בקנין משיכה לכן ס"ל שגם בכסף כשיש ספק אמרין אין ספק מוציא מידי ודאי.

נמצא שבעה"מ מחלק בדין עייל ונפיק אזווי בין כסף למשיכה. ויש להסתפק אם גם לדין יש חילוק ביניהם או לא ונ"מ במקום ספק ונחלקו בזה הראב"ד והט"ז.

בעיקר דינא דעייל ונפיק אזווי עיין בנתיבות בס' ק"ץ סק"ז שמה שיכול לבטל את המקח רק אם עייל ונפיק אזווי הוא דוקא באופן שעכשיו רוצה הקונה לשלם הדמים והמוכר רוצה לחזור בו. בזה אם היה עייל ונפיק אזווי לא חל עדיין הקנין ויכול המוכר לחזור אפי' אם רוצה הקונה לשלם עכשיו. אבל אם גם עכשיו אין הקונה משלם יכול המוכר לבטל את הקנין אפי' שלא היה עייל ונפיק אזווי שכל מכירה הוא בתנאי שישלם הלוקח את הדמים ע"ש.

האי מאן דאזופיה ק' זווי וכו'. כתב הנ"י בשם בעל העיטור דמשמע שאין המלוה יכול לעכב שלא לקבל כזה פרעון אלא רק שיש לו תרעומת דאל"כ שלא יקבל ולא יהיה לו תרעומת.

ההוא גברא דזבין ליה חמרא לחבריה. פרש"י חמרא חמור. עיין ברמב"ן בריטב"א ובנ"י שכתבו שבדוקא כתב רש"י חמור ולא יין דמבואר לעיל גבי קרקע שאם נתן מקצת הדמים אף שלא קנה כולו מ"מ קונה כנגד מעותיו והכא משמע דלא קנה כלל. לכן פרש"י דהכא איירי בחמור שאינו ראוי להתחלק, ובוזה כיון שאינו קונה כולו אינו קונה כלל שאינו רוצה להיות שותף עם המוכר. אבל אם היה יין זה ראוי להתחלק ויקנה כנגד מעותיו.

שוכר עליהם. לעיל בריש פרקין כתבנו מחלוקת רש"י והרמב"ם בזה דלרש"י שוכר עליהם רק ממה שהוא כבר חייב לפועל על המקצת שעשה אבל אינו מחייב את הפועל לשלם מכיסו. ולרמב"ם משלם הפועל מכיסו עד כפליים משכרו. ועיין בשיטה כאן בשם תר"פ שמבאר לרש"י מה בין דבר האבד לאינו אבד הרי תמיד יד פועל על התחנתו ומנכים משכרו מה שצריך להוסיף לסיים מלאכתו. ומה ששוכר רק עד כפליים משכרו כתב הריטב"א לעיל במשנה בריש פרקין שאין דרך להתיקר במצב כזה יותר מכפליים משכר הרגיל ועד שיעור זה דעתם להתחייב. ובחי' הג"ר מאיר שמחה זצ"ל באות ה' מבאר דכשם שבחזרת בעה"ב אחרי שהלכו פועלים הוא חייב לשלם כל שכרם שחל עליו חיוב דמים בתחילת מלאכה כך חל בתחילת מלאכה חיוב על הפועל להעמיד לבעה"ב את מלאכתו או דמי מלאכתו, וכיון שחוזר בו חייב לשלם לבעה"ב דמי מלאכתו כדי שלא יהיה לו הפסד בדבר האבד ע"ש.

עד מ' ונ' זוז. עיין שיטמ"ק לעיל ע"ו: שדעת הריטב"א שמ' ונ' לאו דוקא אלא שוכר כמה שצריך עד כדי דמי החבילה. והרמב"ן ס"ל שמ' ונ' היינו כמה שהדרך שצריך להוסיף במצב זה ולא יותר. אבל גם לדידה מ' ונ' לאו דוקא אלא לפי הענין כמבואר בש"ך ס' של"ג סקל"ה אבל לרמב"ן יש גבול ואינו שוכר אלא מה שהדרך להתיקר למלאכה זו במצב זה.

שבאתה חבילה לידו. בקידושין ח: מבואר שהמקדש אשה במנה ולא נתן לה את המנה אלא נתן לה משכון על המנה אינה מקודשת דמנה אין כאן משכון אין כאן. ונחלקו הראשונים אם הפשט הוא שאף שמועיל המשכון לחייב את המנה אינה מקודשת שהתחייבות אינו ממון לקנין, או שאם היה מתחייב היה מועיל לקידושין אלא שאין משכון אלא כשיש כבר חוב ולא נעשה חיוב ע"י נתינת משכון. התוס' שם כתבו כפירוש השני שמשכון אינו עושה חיוב, והקשו ע"ז מכאן שע"י נתינת החבילה משתעבד הפועל. וכתבו התוס' דהתם שאני שגרמו לו הפסד. ועוד שאין החבילה משכון אלא שמקנה לבעה"ב את גוף החבילה לשכור ממנו פועלים. וכדברי התוס' שם כתב הריטב"א כאן בתוספת ביאור דהתם ליכא משכון כיון שאינו חייב כלום ואין על מה לתת משכון אבל הכא משעת שכירות נותניו בתשלומי הפסדו מדינא ואההוא חיובא משתעבד המשכון. וכונת הריטב"א כמו שביאר לעיל ע"ג: שהפועל משתעבד מדין ערב כיון שבעה"ב סמך ועל חיוב זה החבילה הוא משכון. ועוד כתב הריטב"א דהכא לאו בתורת משכון יהי ליה אלא שהקנו לו בגופה של חבילה כדי דמיה מעכשיו אם יחזור בהם בדבר האבד, ועל דעת כן משך בעה"ב את החבילה, ואע"פ שלא פירש כמי שפירש דמי דמילתא ידיעא היא דסתם נותני חבילה להכי יהי ליה. וזה כפירוש השני שכתבו שם התוס'. ובשו"ע ס' ק"ץ סע' ט' נפסק שהקונה קרקע מחברו ופסקו דמים והניח משכון עליהם לא קנה. וזה ע"פ הגמ' הנ"ל דלא מהני כה"ג לענין קידושין דמנה אין כאן משכון אין כאן. וכתב ע"ז הרמ"א שאם אמר לו קנה בגוף המשכון כפי מעותיך קנה. וכתב הגאון שם שהמקור לזה מהכא דבאתה חבילה לידו וכפירוש השני של תוס' בקידושין. נמצא ג' דרכים בבאתה חבילה לידו. א. לסוברים שמשכון עושה חיוב הוא מתחייב ע"י נתינת החבילה. ב. יש כבר חיוב מדין ערב ועל חיוב זה החבילה הוא משכון. ג. מקנה גוף המשכון לשכור ממנו במקום פסידא.

התוס' כאן הקשו על באתה חבילה לידו דא"כ פשיטא ואינו מוכן למה פשיטא שהחבילה ניתן כמשכון. עיין מהר"ם שכתב שהתוס' הבינו דאיירי שאמר בהדיא שנותן החבילה כמשכון לשכור ממנו במקום פסידא.

שבאתה חבילה לידו. רש"י מפרש שחבילה היינו כלי אומנות הפועלים. והקשו הראשונים מכאן על דברי ר"ת בתוס' לעיל מ"ח. שאם משך בעה"ב את כלי אומנותו של הפועל הוא קונה קנין ואין הפועל ולא בעה"ב יכולים לחזור. והכא איירי מתנ"י שבאתה חבילה לידו ואע"כ כשאינו אבד יכולים לחזור אלא שיד החזור על התחנתו. כן מקשה הריטב"א לעיל מ"ח. ע"ש. הש"ך ס' של"ג סקל"ד מביא שהמרדכי בשם ספר החכמה כתב דלא איירי הכא בכלי אומנותו אלא בסתם חבילה של

ממון הפועל, וכן י"ל בדעת ר"ת. ומוסיף הש"ך שגם רש"י שמפרש חבילה כלי אומנותו אין הכרח שחולק על ר"ת אלא יפרש דאיירי באופן שאין אפשרות לכופ את הפועל למלאכתו. ועיין מש"כ בזה המחנ"א בשכירות פועלים ס' ו'.

השוכר את החמור להוליכה בהר. הקשו התוס' כיון שאם הוחלקה בהר חייב הרי שיש פשיעה לענין הוחלקה ואמאי לא נחייב בהוחמה מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. וכתבו דלא מחייבים מדין תחילתו בפשיעה א"כ האונס בא מחמת הפשיעה כמו בצריפא דאורבני שאם לא היה פושע ומניח שם לא היה נגנב, אבל הכא אם הוחמה בהר כ"ש שהיה הוחמה בבקעה ואין האונס מחמת הפשיעה. והמקור לסברא זו הוא בדברי רבא לעיל לו: שאפי' מאן דמחייב תבוס"ב בצריפא דאורבני פוטר בפשע בה ויצאה לאגם דמלאך המות מה לי הכא מה לי התם. דהיינו שאין המיתה מחמת שהלכה לאגם וא"כ אין האונס מחמת הפשיעה. והתוס' ס"ל שגם אביי שחולק על רבא ומחייב בפשע בה ויצאה לאגם הוא משום דאית ליה הבלא דאגמא קטלה וא"כ האונס כן בא מחמת הפשיעה. ואף דלשוננו של אביי משמע שרק למ"ד תבוס"ב פטור צריך להגיע לסברא זו דהבלא דאגמא קטלה אבל למאן דמחייב נוחא בלי זה, א"כ מוכח דאביי מחייב גם כשאין האונס מחמת הפשיעה, התוס' נדחקו לומר שלכו"ע מחייב אביי רק בגלל הבלא דאגמא וגם לאביי ליכא חיוב משום תבוס"ב אלא כשהאונס בא מחמת הפשיעה. בעיקר סברת אביי שגם המ"ד תבוס"ב פטור מחייב בפשע בה ויצאה לאגם בגלל סברת הבלא דאגמא צ"ב אמאי חייב בזה יותר מצריפא דאורבני הרי הבלא דאגמא אינו פשיעה ופשוט שאם הלך עם הבהמה לאגם ולא פשע בשמירתה ומתה כדרכה שם אינו חייב אף אם מתה מחמת הבלא דאגמא דלא הוי ליה לאסוקי אדעתיה שתמות מחמת זה. ונחלקו רש"י ותוס' לעיל לו' בביאור דברי אביי בזה ועיין מה שכתבנו בזה שם בס"ד.

הרי"ף חולק על התוס' וס"ל דאף שלמאי דקי"ל כרבא דאית ליה מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם לא מחייבים משום תבוס"ב א"כ האונס בא מחמת הפשיעה מ"מ בדעת אביי לומד הרי"ף שחולק וס"ל שמאן דס"ל תבוס"ב חייב מחייב אפי' אם אין האונס בא מחמת הפשיעה, ורק למאן דפוטר הוצרך אביי להגיע לסברא של הבלא דאגמא קטלה. והקשו התוס' על הרי"ף ממתני' דמוכח שאין חיוב מדין תבוס"ב כשאין האונס בא מחמת הפשיעה. וכתבו שהרי"ף יפרש כמו שכתבו התוס' בסמוך שהעלאת החמור להר אינה פשיעה גמורה ואין זה נחשב כפשיעה לענין לחייב על הוחמה בהר מדין תבוס"ב. ואף שעל הוחלקה בהר חייב וא"כ אין כתבו התוס' דאין זה פשיעה, מבאר המהרש"א דהוחלקה בהר אינה פשיעה וש"ח אינו חייב ע"ז אך גם אונס אין זה אלא הוי כגניבה ואבידה, ושוכר שדינו כש"ש חייב ע"ז, והתוס' הכא אולו לשיטתם שהוכיחו לקמן צ"ג: שתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור. דהיינו שעל שאלת התוס' שנחייב הוחמה בהר מדין תבוס"ב כתבו התוס' ב' תירוצים. א. אין האונס מחמת הפשיעה. ב. אין זה פשיעה אלא גו"א ותחילתו בגו"א וסופו באונס פטור. וכן צ"ל בדעת הרי"ף.

הריטב"א [הובא בשיטמ"ק ד"ה אבל] כתב על השאלה שלאביי נחייב במתני' משום תחילתו בפשיעה וז"ל הכא משום דשינה מהר לגבעה ומגבעה להר אין זו פשיעה גמורה כי דרך כל בהמה לילך בהר ובבקעה אלא זה כעין גניבה ואבידה וכל שתחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס שלא בא האונס מחמת הפשיעה לדברי הכל פטור עכ"ל. דהיינו שהריטב"א מצרף יחד את שני תירוצי התוס' דכיון דליכא פשיעה גמורה אלא כעין גו"א [מפורש כפירוש המהרש"א בתוס'] לא אמרינן בזה תבוס"ב, אבל דוקא כשאין האונס בא מחמת הפשיעה. ומשמע דבפשיעה גמורה מחייבים בתבוס"ב לאביי אפי' כשאין האונס מחמת הפשיעה, וכן אם האונס הוא מחמת הפשיעה מחייבים גם תחילתו בגו"א וסופו באונס ורק כשזה גם תחילתו בגו"א וגם אין האונס מחמת הפשיעה בזה לא מחייבים. וצריך להבין אמאי פוטרם בצירוף שני דברים יחד כשכל אחד אינו סיבה לפטור. ודברי הריטב"א מתבארים בפשיטות ע"פ דברי רע"א כמו שיבואר בסמוך בס"ד.

רע"א לעיל לו': במערכה בסוגיא דשומר שומר כ"ח מקשה על מה שכתבו התוס' לישב שיטת הרי"ף דס"ל שאין מה שמעלה להר פשיעה ולכן אין לחייב על הוחמה בהר מדין תבוס"ב שלכאורה א"א לומר כן בדעת הרי"ף. שהתוס' כתבו שאם אין זה פשיעה א"א לפרש דברי רבא שמפרש רישא דמתני' כגון שהכישו נחש מדין תבוס"ב שהרי אין פשיעה אלא צ"ל דאיירי שהיה ידוע שיש נחשים ואז איכא פשיעה לענין נחשים. ובדעת הרי"ף א"א לומר כן דבלשון הרי"ף משמע בהדיא שהחיוב לרבה הוא מדין תבוס"ב. וע"כ דהרי"ף ס"ל שהעלאה להר הוא פשיעה, וא"כ שוב קשה שיתחייב בהוחמה מדין תבוס"ב לאביי דס"ל אליבא דהרי"ף דלא בעינן אונס מחמת הפשיעה. וכתב בזה רע"א באות כ"ט דיש לבאר החיוב של תחילתו בפשיעה וסופו באונס בכ' אופנים א. עצם הפשיעה מחייבת ומשעבדת נכסיו ואינו נפטר אלא כשמשיב לבעלים. ולכן אם נאנס בסוף חייב אף שאינו חייב על האונס שהרי הוא כבר נתחייב משעה שפשע. ב. החיוב אינו על הפשיעה אלא על האונס, דאונס שנגרם מחמת פשיעה אין בה פטור של אונס שאין בזה טענה של מאי הוי ליה למעבד שהרי אם לא היה פושע לא היה מגיע האונס. וכתב רע"א ב' נ"מ מספק זה. א. אם הפשיעה מחייבת לא בעינן שהאונס יבא מחמת הפשיעה. ואם אין הפשיעה מחייבת אלא שזה גורם שיתחייב על האונס זה דוקא כשהאונס בא מחמת הפשיעה. ב. אם הפשיעה עצמה מחייבת בעינן דוקא תחילתו בפשיעה וסופו באונס ולא סגי בתחילתו בגו"א וסופו באונס, שרק פשיעה הוא סיבה לחיוב כיון שהממון הוא במצב של הולך לאיבוד וזה מספיק לשעבד נכסיו מי שפשע, אבל תחילתו בגו"א, אף שלא עשה מה שמוטל עליו מ"מ כיון שהממון אינו במצב של הולך לאיבוד אין סיבה לחייב עד שעת הנזק. ואם הנזק היה באונס הוא פטור. אבל אם החיוב הוא מפני שאונס שבא מחמת פשיעה אינו אונס א"כ ה"ה שאונס שבא מחמת גו"א אינו אונס והוא חייב על האונס. לשון הרמב"ן כאן כשמבאר סברת אביי שמחייב גם כשאין האונס בא מחמת הפשיעה הוא דטעמא דאביי התם משום דכל שתחילתו בפשיעה משעה שפשע בה נעשית ברשותו להתחייב עליה בכל ענין אפי' במתה כדרכה. והיינו כנ"ל דס"ל שהפשיעה עצמה מחייבת ולכן לא בעינן אונס מחמת הפשיעה. וזה כדברי רע"א.

לפ"ז מבאר רע"א את שיטת הרי"ף דלעולם סובר הרי"ף כמו שכתבו התוס' שהעלאת החמור להר אינו פשיעה אלא הוי כגו"א. ואביי דס"ל שלא צריך שהאונס יהיה מחמת הפשיעה היינו משום דס"ל שהמחייב הוא הפשיעה, ולדידיה בעינן דוקא פשיעה גמורה ולא סגי בתחילתו בגו"א. אבל רבא דס"ל שצריך שהאונס יבא מחמת הפשיעה ס"ל שאין החיוב על הפשיעה אלא על האונס, ולדידיה גם תחילתו בגו"א וסופו באונס יהיה חייב, ושפיר מחייב רבא כשהכישו נחש מכח תחילתו בפשיעה אף דליכא פשיעה גמורה, ולדידיה סגי בתחילתו בגו"א וסופו באונס כיון דס"ל שהחיוב הוא על האונס ולא על הפשיעה.

ובזה מתבארים דברי הריטב"א, שהריטב"א ס"ל שיש ב' מחייבים של תחילתו בפשיעה וסופו באונס, אחד מפני שהפשיעה עצמה מחייבת וזה סיבה לחייב גם כשאין האונס בא מחמת הפשיעה, והשני שאונס שבא מחמת פשיעה אינו נחשב אונס והוא חייב על האונס, וזה סיבה לחייב אפי' בתחילתו בגו"א. ולכן לא סגי לריטב"א לתרץ כתירוצו הראשון של תוס' שהרי בפשיעה גמורה חייב לאביי גם אם אין האונס בא מחמת הפשיעה. וכן לא סגי ליה בת' השני שאינו פשיעה גמורה שגם תחילתו בגו"א וסופו באונס חייב אם האונס הוא מחמת חסרון השמירה. ולכן הוצרך הריטב"א לצרף את שני התי' יחד שאין זה פשיעה גמורה אלא כעין גו"א ולכן אין הפשיעה עצמה מחייבת, ואין האונס מחמת הפשיעה לכן אין סיבה לחייב על האונס. ובאופן שאין אף אחד משני המחייבים הוא פטור.

נמצא שמה שאין חיוב במשנה על הוחמה בהר מדין תבוס"ב א.לתי' הראשון בתוס' מפני שאין האונס מחמת הפשיעה. ב.לתי' השני בתוס' שאין זה פשיעה אלא כעין גו"א ותחילתו בגו"א וסופו באונס פטור. ג.לרי"ף לאביי הטעם משום שאין זה פשיעה גמורה אלא כעין גו"א, ולר"ב שגם תחילתו בגו"א חייב הטעם הוא מפני שאין האונס בא מחמת הפשיעה. ד.לריטב"א זה צירוף של שני הטעמים יחד, שאין זה פשיעה גמורה וגם שאין האונס בא מחמת הפשיעה.

וא"ת שילחי הפועלים גבי הניח עדרו ובא לעיר וכו'. הקשו התוס' אמאי מחייב אביי התם מדין תבוס"ב הרי לא בא האונס מחמת הפשיעה. והרי"ף פירש דאביי דהתם אזיל לשטתו דס"ל דלא בעינן אונס מחמת הפשיעה, אבל התוס' ס"ל שגם לאביי בעינן אונס מחמת הפשיעה. וכתבו שגם שם יש צד לומר שהאונס בא מחמת הפשיעה דשמוא היה מוליכן למקום אחר או שאם היה שם לא היה הארי בא או שמוא היה מקיים גם את הארי הכה עבדך. ואין להקשות אמאי מחייבים מספק אולי גם אם היה שם לא היה יכול להציל ואין האונס מחמת הפשיעה דכל שפשע השומר עליו להוכיח שלא נגרם הנזק מפשיעתו. וכן מוכח מדברי אביי שמחייב בפשע ויצאה לאגם משום דהבלא דאגמא קטלה. וגם שם אין זה אלא ספק שמוא מתה מחמת הבלא דאגמא ואז האונס בא מחמת הפשיעה, ולמה לא יפטר השומר בטענה שמוא לא מתה מחמת הבלא דאגמא וא"כ האונס אינו מחמת הפשיעה ויפטר מספק. אלא מוכח דכל היכא דאיכא פשיעה על השומר להוכיח שלא היה נזק מחמת פשיעתו. וכן מבואר בסמוך כגון שמתה מחמת אובצנא שכתבו התוס' שהוא חייב מפני שאפשר שאם לא היה משנה לא היתה מתיגעת. וגם שם אין זה ודאי שמתה מחמת השינוי אלא כיון ששינה ויש צד שמתה מחמת השינוי עליו להביא ראיה שלא מתה מחמת זה.

וטעם הדבר שמחייבים מספק הוא כמבואר בקצה"ח ס' ש"מ סק"ד שמביא דברי הנ"י בסוף ב"ק בשם הרא"ה שהשואל חמור לרכוב עליו ומתה בדרך וספק אם מתה מחמת מלאכה והוא פטור או שלא מחמת מלאכה והוא חייב אינו חייב מספק כיון ששואל משעת אונסין מתחייב הרי זה כאיני יודע אם נתחייבתי שפטור מספק. אבל אם שאל את החמור לרכוב עליו הוא בעצמו ורכב עליו שלווחו כיון ששינה מרצון בעה"ב הרי זה כפשיעה ומעתה כשיש ספק אם מתה מחמת מלאכה או לא הוא חייב מספק כדין איני יודע אם פרעתיך. ומבאר הקצות דאף ששואל מתחייב משעת אונס כל ששינה מרצון הבעלים הוי ליה התחלת פשיעה ואף שאינו נעשה גזלן בזה ואם מתה מחמת מלאכה יפטר מ"מ כשיש ספק דינו כאיני יודע אם פרעתיך דתכף משעת התחלת הפשיעה הוא מתחייב וכי מתה אח"כ באופן שהוא פטור זה כהשבה, וכשיש ספק זה ספק פטור וחייב מספק. ואף שהישי"ש מקשה ע"ז דאפי' באיני יודע אם פרעתיך ממש אין הלוח משלם מספק אלא היכא שהמלוה טוען ברי ומחייבים מכח ברי ושמוא וחזקת חיוב אבל היכא דהוי שמוא ושמוא לא מחייבים אפי' כשיש חזקת חיוב. וכתב ע"ז הקצות ע"פ דברי המל"מ שהחזקת חיוב לבד הוא מספיק לחייב, ומה שבספק פרעון לא מחייבים אלא בברי ושמוא כמבואר בסוף ב"ק היינו משום ששם הוי ליה למלוה למידע ואם אינו יודע איכא ריעותא, אבל במקום דלא הוי ליה למידע מחייבים בודאי חיוב וספק פטור מדין אין ספק מוציא מידי ודאי אפי' בשמוא ושמוא. וכן בסוגיין כל היכא דאיכא ודאי פשיעה וספק אם האונס בא מחמת הפשיעה או לא מחייבים מספק כדין איני יודע אם פרעתיך. ומוסיף הקצות שם דהיינו טעמא דרועה שהניח עדרו ובא לעיר מחייבים מספק שמוא אם היה שם היה יכול להציל דכיון שפשע בכניסתו נתחייב תכף, והספק אח"כ הוא כספק פרעון שמחייבים מספק. גם רע"א בדף ל"ו: באות כ' כתב דהיכא דאיכא פשיעה אישתעבד נכסי והו"ל איני יודע אם פרעתיך.

הנתיבות בס' ש"ג סקי"א כתב שמה שכתבו התוס' לקמן צ"ג: שלא מחייבים תחילתו בגו"א וסופו באונס היינו דוקא באופן שלא ברור שהאונס בא מחמת חסרון השמירה לענין זה רק בפשיעה תולים שמוא האונס בא מחמת הפשיעה אבל באופן שברור שהאונס בא מחמת חסרון השמירה מחייבים גם תחילתו בגו"א וסופו באונס. והביאור הוא כנ"ל שכשיש פשיעה זה עצמו מחייב וכל שיש צד שהאונס בא מחמת הפשיעה הו"ל איני יודע אם פרעתיך וחייב מספק. אבל בתחילתו בגו"א אין סיבה לחייב כשיש צד שהאונס לא בא מחמת חסרון השמירה. אבל היכא שודאי בא מכח חסרון שמירה גם תחילתו בגו"א הוא סיבה לחייב אף שסופו באונס.

הנ"י לעיל לו: בד"ה הנהו גינאי מביא תירוצו אחר בשם הראב"ד על השאלה אמאי ברועה שהניח עדרו מחייבים מדין תבוס"ב הרי אין האונס בא מחמת הפשיעה, שזה כן נחשב שהאונס בא מחמת הפשיעה שאין הפשיעה שם שהלך לעיר שנאמר שגם אם לא היה הולך היה בא הארי, אלא הפשיעה היא שכשהלך לעיר הניח העדר לבדו ולא לקחו עמו, ואם היה לוקחו עמו לא היה הארי בא. דהיינו שנחלקו הראשונים איך לדון פשיעה זו אם הפשיעה היא מה שהלך לעיר או מה שלא לקח העדר עמו. ויש לעיין בזה שגם בפשע בה ויצאה לאגם אפשר לראות את הפשיעה בשני אופנים. ד"ל שהפשיעה היא מה שהניח את הבהמה ללכת לאגם ולענין זה האונס הוא מחמת הפשיעה דהבלא דאגמא קטלה, ואם לא היתה הולכת לא היתה מתה. אך י"ל שאין הפשיעה מה שהלכה שהרי אם היה הולך עמה לאגם ושומר עליה מגנבי לא היה בזה פשיעה א"כ אין הפשיעה מה שהלכה אלא מה שלא הלך הוא עמה, ולענין זה אין האונס מחמת הפשיעה שגם אם היה שומר עליה שם היתה מתה דבכל גווני איכא הבלא דאגמא. וצ"ב לפי מה נקבע שם האונס בכל מקום. והעירוני דתמיד אזלינן לחומרא דתרויהו איתניהו ואם אחד מהם מביא לאונס זה סיבה לחייב.

נמצא הדרכים בהא דהניח עדרו הוי תבוס"ב ולכאורה לא בא האונס מחמת הפשיעה א.לרי"ף אביי לשטתו לא מצריך אונס מחמת הפשיעה. ב.לתוס' תולים שהאונס כן בא מחמת הפשיעה. ג.לר"ב"ד האונס הוא מה שלא לקח העדר עמו ולענין זה האונס הוא מחמת הפשיעה.

הבריקה או שנעשית אנגריא. במחלוקת הראשונים אם חייב לשלם את כל השכירות בהבריקה ונעשית אנגריא, וכן במה שדנים הראשונים כאן באיזה קנין מתחייב המשכיר בחמור סתם להביא חמור אחר אם מת הראשון כתבנו בס"ד לקמן ע"ח: וע"ט. ובדברי רש"י כאן בד"ה חייב שמשמע מיניה דאיירי הכא בחמור זה ומאידך כתב שצריך המשכיר להוסיף דמים עיין ברא"ש שכתב שלשון רש"י בזה מגומגם. ועמש"כ בזה הרש"ש. המל"מ בפ"ה משכירות ה"ב מבאר דברי רש"י ע"פ שיטת הרמב"ם שם ע"ש. ועיין מה שכתבנו בזה לקמן ע"ט. על רש"י ד"ה לא מכלינן קרנא בשם רע"א והמהר"ם שי"ף.

שמתה מחמת אויר. התוס' כתבו דאיירי שידוע שאותו יום היה אויר משונה בהרים ואין חיובו משום תחילתו בפשיעה אלא הוא כולו פשיעה. ומה שלא מחייבים בכל גווני ונימא כיון ששינה שמא אוירא דהר קטלא כתבו התוס' בסמוך וכן כתב הריטב"א דרק אביי ס"ל שתולים דהבלא דאגמא קטלה ולדידיה ה"נ כאן נימא הכי ויתחייב אפי' במתה כדרכה, אבל למאי דקי"ל כרבא לא תולים דהבלא דאגמא אלא אמרין מלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם, וכן כאן לא נתלה בשינוי האויר אלא א"כ ידוע שהוא משונה. ובהמשך כתבו שאפי' אביי לא יחייב הכא דליכא פשיעה גמורה. אבל ברש"י מבואר דלא ס"ל כתוס' שכתב דכיון ששינה תולים שמתה מחמת שינוי האויר. ולכאורה כונת רש"י דכיון שדוחק לפרש כתוס' שלא נזכר בגמ' שידוע, למד רש"י דר' ינאי ס"ל בזה כאביי וס"ל דברישא מתה כדרכה ותמיד תולים בשינוי האויר כמו בפשע ויצאה לאגם.

כגון שהכשיה נחש. בתחילה פרשו התוס' דאיירי שלא ידוע שיש נחשים וחיובו משום תבוס"ב וההבדל בין הוחמה בהר לנחשים הוא שבהוחמה אין האונס מחמת הפשיעה ובנחשים האונס הוא מחמת הפשיעה כמו בצריפא דאורכני שאם לא היה בא לשם לא היה מגיע אליו הנחש כמבואר במהרש"א. ובסוף דבריהם כתבו דליכא הכא פשיעה ואיירי כשידוע שיש שם נחשים והוי כולו פשיעה. ומה שחייב כשהוחלקה בהר אף דכתבו התוס' דליכא פשיעה בהעלאה כתב המהרש"א דאף שאין זה פשיעה מ"מ הוי כעין גו"א ושוכר חייב בגו"א. אבל אם סופו באונס פטור דתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור, וכן מפורש בריטב"א דהעלאה להר אינו פשיעה גמורה אלא כעין גו"א. וכתב הק"צ שלפ"ז מתני' הוא דוקא לתנא דס"ל שוכר כש"ש, אבל למ"ד כש"ח יהיה פטור בהוחלקה בהר. ומביא שהנ"י לא ס"ל כן. שהנ"י כתב כתוס' דלא מחייבים הכא במתה כדרכה אפי' לאביי משום דליכא הכא פשיעה גמורה. ומיד אח"כ מביא הנ"י שכתב הר"ן דמסתברא שלא רק ש"ש חייב בהוחלקה בהר והוחמה בבקעה אלא גם ש"ח חייב בזה. ומשמע דאין סתירה בין מה שכתב בתחילה דאין זה פשיעה גמורה ולא אמרין בזה תבוס"ב למה שכתב אח"כ דאפי' ש"ח חייב בזה. והיינו משום שאינו מפרש כריטב"א והמהרש"א בדעת התוס' שמה שכתבו שאינו פשיעה גמורה היינו דהוי כעין גו"א, אלא הכונה דאין כאן חסרון שמירה ואין החפץ במצב של הולך לאיבוד אלא דנחשב כפשיעה מפני ששינה מרצון הבעלים. ושינוי רצון הבעלים הוא סיבה לחייב גם ש"ח כשהוזק מחמת השינוי. אבל אין זה סיבה לחייב על אונס שלא בא מחמת הפשיעה אפי' לאביי שבפשיעה גמורה כן מחייב גם כשאין האונס מחמת הפשיעה. דהיינו שמה שנתבאר לעיל ע"פ דברי רע"א לענין כעין גו"א הר"ן סוכר היכא דאין פשיעה אלא שינוי מרצון הבעלים. שגם שינוי רצון הבעלים גורם שלא יהיה פטור של אונס על האונס שבא מחמת השינוי שהרי אינו אונס שלא היה לו לשנות. אבל מה שאביי מחייב כשאין האונס מחמת הפשיעה היינו מפני שהפשיעה עצמה מחייבת, וזה רק בפשיעה גמורה ולא כשהדבר שמור אלא ששינה מרצון הבעלים.

יסוד זה דשינוי מרצון הבעלים, אף שאין בו חסרון בשמירה, גורם לחייב על אונס שבא מחמתו מבואר בתוס' לעיל ל"ן. בהא דמחייבים שומר שמסר לשומר בגלל טענת אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר. דכיון ששינה מרצון הבעלים אמרין שאוירא דבית חברו קטלה ע"ש.

הא מני ר"מ היא. עיין במהר"ם שי"ף דאף דקאי כר"מ דס"ל כל המעביר ע"ד בעה"ב הוי גזלן מ"מ זה דוקא מהר לביקעה שיש עכ"פ קצת קפידא אבל מהר להר או מביקעה לביקעה אין זה נחשב שינוי כלל וגם לר"מ אינו נעשה גזלן. אך בשיטמ"ק ד"ה הא מני כתב דלפי אוקימתא זו ה"ה שאם שינה מהר להר או מביקעה לביקעה הוי גזלן אלא אורחא דמילתא נקט שהדרך להקפיד מהר לביקעה.

המעביר ע"ד בעה"ב נקרא גזלן. מבואר דלר"מ הוא גזלן ממש ומתחייב באונסין אפי' באונס שלא בא מחמת השינוי. והגמ' מביאה מדברי ר"מ לענין לצבוע אדום וצבעו שחור שמבואר שלר"מ הוא קונה בשינוי ומוכח מזה שע"י שמשנה מרצון הבעלים הוא גנב שאין קנין שינוי אלא בגנב. והגמ' דוחה דשאני התם דקניא בשינוי, ואינו מובן איך הוא קונה בשינוי אם אינו גנב. ועמדו בזה הרמב"ן והריטב"א וכתבו שגם למסקנא נשאר שאם הוא קונה בשינוי ע"כ שהוא גנב אלא שאין מכאן ראיה למעביר על דעת בעה"ב כגון הא דמתני', דהכא יתכן שאין בזה קפידא גמורה ואף דלכתחילה אין לו לשנות אינו נעשה גזלן ע"י השינוי. אבל כשישנה את הצבע זה השינוי כזה בודאי נעשה גנב וקונה בשינוי.

אף שהרמב"ן והריטב"א תרצו שניהם אותה תירוצן יש שינוי בין דברי הרמב"ן לדברי הריטב"א. שהרמב"ן כתב דכיון ששינה אותו ועשה בו מעשה שהגזלן קונה בו מתכוין הוא לגזול ולכך שינהו כדי שיקנה אותו ולא מעביר על דעת מקרי אלא גזלן גמור. דהיינו שסובר הרמב"ן שכשעושה שינוי גדול כזה תולים שבאמת כונתו לגזול ולקנות בשינוי ולכן הוא קונה. אבל הריטב"א כתב שכיון שעשה שינוי גדול חשיב ליה ר"מ כגזלן אע"פ שלא נתכוין לגזול מפני שהעביר ע"ד הבעלים, אך אין מזה ראיה למעביר דידן שאין עליו כ"כ קפידא. ועיין בתוס' בב"ב צ"ה: שכתבו ב' דרכים לבאר סברת ר"י שחולק על ר"מ וס"ל שאינו קונה ע"י שינוי הצביעה. א. ר"י ס"ל ששינוי אינו קונה כלל אפי' בגזל ממש [אלא דהתם קונה מדרבנן מתקנת השבים]. ב. בעלמא סובר ר"י דשינוי קונה אבל הכא אינו קונה מפני שלא נתכוין לקנות. ויש לפרש דבריהם בב' אופנים. א. ר"י ס"ל ששינוי אינו קונה אלא כשרוצה הגנב לקנות על ידו וכיון שהכא אין כונתו לקנות אינו קונה. כך מפרש בקו"ש ב"ק אות ק"א. ונחלקו האחרונים בזה אי קנין שינוי קונה כשאינו רוצה לקנות או לא. שדעת הנתיבות בס' שנ"א וס' שס"א וס' ל"ד סק"ה, וכן התרה"כ בס' רס"ב שאוקמא רחמנא ברשותיה ע"כ וקונה גם אם אינו רוצה לקנות. אבל האו"ש בפ"ב מגזילה ה"ט והמחנ"א על הרמב"ם פ"ב מגזילה ס"ל שאינו קונה אם אינו רוצה לקנות. ולדברי הקו"ש הנ"ל נחלקו בזה ר"י ור"מ. ב. הקו"ש שם באות כ"ו כתב שאין ראיה מדברי התוס' שמה שכתבו שלר"י אינו קונה מפני שאינו רוצה לקנות היינו שאינו רוצה לגנוב כלל ואינו נעשה גנב לר"י בלי כונה לגנוב. אבל אם כיוון לגנוב הוא קונה בשינוי בלי כונה. כל זה בדעת ר"י דס"ל שאינו קונה היינו מפני

שאינו נעשה גנב ע"י שמעביר ע"ד הבעלים אם אין כונתו לגנוב. אבל ר"מ לכאורה חולק ע"ז וס"ל שעצם ההעברה ע"ד הבעלים עושה אותו גנב גם אם אין לו כונה לגנוב. אך לפי מה שנתבאר פליגי בזה הרמב"ן והריטב"א. שהרמב"ן ס"ל שגם לר"מ אינו נעשה גנב בלי כונה [עכ"פ למאי דס"ד שרק בזה ר"מ ס"ל דנעשה גזול] אלא ס"ל דתולים שכונתו לגזול. וע"ז גופא חולק ר". אבל לריטב"א ר"מ ור"י נחלקו אם נעשה גזול ע"י השינוי כשאין לו כונה לגזול כלל.

תר"פ שהובאו בשיטמ"ק גם עמדו בשאלה זו מה דחיית הגמ' ששאני הכא ששינה הרי אם אינו גנב איך יקנה בשינוי. וכתב ע"ז תר"פ וז"ל ומייתי מדר"מ דאמר נותן לו דמי צמרו אלמא קני ליה ומשמע דאי לא קני כשהעביר על דעתו של בעה"ב להתחייב באונסיה משום שינוי לא קני דשינוי אינו קונה בדבר שאינו שלו. ומשני דהתם היינו טעמא דשינוי קונה אפי' בדבר שאינו שלו עכ"ל. ובפשוטו מבואר בדבריו דס"ד שאין שינוי קונה אלא בגזול ולכן ס"ד שיש ראייה מכאן שהמעביר ע"ד בעה"ב הוא גזול. והגמ' דוחה שאין ראייה שהוא גזול שגם אם אינו גזול הוא קונה בשינוי. והוא לכאורה תמוה דפשוט בשינוי אינו קנין לקנות בו מחברו ואינו קונה אלא בגזול מכח משיכתו וקנינו הראשון.

ואף שמצאנו בסמ"ע בשתי מקומות שלכאורה ס"ל ששינוי קונה גם לא בגנב כבר תמה עליו הקצה"ח דודאי אינו כן. דבס' צ"ז סק"ס כתב הסמ"ע לגבי אשה שקבלה בגדים שהיו של בעלה וצבען לשמה זוכה בהם ע"י שינוי. ותמה הקצות שם סק"ד ששינוי אינו קנין אלא בגזילה. וכן הסמ"ע בס' שמ"א סק"א כתב על הניח להם אביהם פרה שאולה וחשבו שהיא שלהם וטבחוה שזוכים הבנים בעורות שקנו אותם בשינוי. וגם שם תמה הקצות בסק"ב ששינוי אינו קונה אלא בגזול. וא"כ תימה איך כתב תר"פ שתי' הגמ' כאן הוא שקונה בשינוי אף שאינו גזול.

ושמעתי זה שנים רבות מהרה"ג ר' צבי אליהו שטיינברג שליט"א לבאר דברי תר"פ ע"פ מה שדנים האחרונים אם בעינן שיקדם הגזילה לשינוי או דסגי בזה שהשינוי והגזילה באים כאחד. דאיתא בב"ק צ"ו. האי מאן דגזל דיקלא מחבריה אע"ג דשדיא מארעא לארעא דידה לא קני מ"ט מעיקרא דיקלא מקרי והשתא נמי דיקלא מקרי. ומבואר שאם היה בקיצת הדקל שינוי היה קונה. וקשה דקרקע אינה נגזלת וליכא גזילה עד קיצת הדקל וא"כ לא קדם הגזילה לשינוי. ועיין מה שכתב בזה העונג יו"ט, הובא בדבר אברהם ח"א ס' ח', ומש"כ בזה הדבר אברהם שם אות ד'. הקו"ש על הגמ' הנ"ל באות ק"ט והחזו"א ב"ק ס' י"ז סקט"ו והאמרי משה ס' ל"ב אות ד' בהגה כתבו דמוכח מגמ' זו דלא בעינן שיקדם הגזילה לשינוי אלא גם כשהגזילה והשינוי באים כאחד הוא קונה. הקו"ש אחרי שמביא ראייה זו מוסיף דכן מוכח מהא דס"ל לר"מ גבי לצבוע לו אדום וצבעו שחור דקונה בשינוי וגם שם לא קדם השינוי לגזילה שהגזילה הוא מה שמשנה וזה עצמו השינוי. וכתב ע"ז הקו"ש דיש לדחות דמיד דקונה לשנות הוא כבר עובר על דעת בעה"ב ונעשה גזול ועדיין אין שינוי בכד עד גמר הצביעה שנקלט הצבע בכד. לפ"ז י"ל שמה שכתב תר"פ דס"ד ששינוי קונה רק בגזילה ולמסקנא קונה בלי גזילה אין הכונה שקונה בלי שיהיה גזול כלל אלא דס"ד דבעינן שיקדם הגזילה לשינוי, ולמסקנא סגי בזה שהגזילה והשינוי באים כאחד. דהיינו שמה שכתבו הרמב"ן והריטב"א שכשמשנה את הבגד זה שינוי גמור וכזה בודאי נעשה גזול ואין להביא ראייה מזה למעביר דהכא שרק משנה מרצונו, לדעת ר"ה הגמ' ידעה את זה גם בה"א, אבל ס"ד שכדי שיקנה בשינוי בעינן שיהיה גזול עוד לפני הצביעה, ומה שהוא משנה מדעת בעה"ב לפני שמשנה הבגד דמי למעביר ע"ד בעה"ב דהר וביקעה. לכן ס"ד להוכיח מכאן לגירון דידן. והגמ' דוחה שכדי לקנות בשינוי סגי בזה שנעשה גזול בשעת הצביעה ולא בעינן שיקדם הגזילה לשינוי וא"כ יתכן שאינו גזול עד שנקלט הצבע בכד וזה שינוי גמור ואין ראייה מזה להר וביקעה. דהיינו שלרמב"ן הה"א הוא לדמות מעביר ע"ד בעה"ב דצביעה לדהר וביקעה, ומסיק שאין לדמות. ולתר"פ המעביר שיש לפני שמשנה הבגד דמי למעביר דידן, והמעביר שיש אחר קליטת הצבע גם בה"א ידעו שאינו דומה למעביר דהר וביקעה. אלא דס"ד שכדי לקנות בשינוי צריך שיהיה גזול לפני השינוי, וע"כ שנעשה גזול לפני הצביעה וא"כ יש ראייה להר וביקעה, ומשני דלא בעינן שיקדם הגזילה אלא סגי בזה שבאים כאחת כדמוכח ממאן דגזל דיקלא מחבריה וא"כ ליכא ראייה מכאן.

מגבת פורים לפורים. ת"ק ס"ל שרק הגבאי אינו יכול לשנות לדבר אחר אבל העני יכול לשנות. ור' יעקב משום ר"מ מוסיף שגם העני אינו יכול לשנות, ומזה הגמ' מביאה ראייה דר"מ ס"ל שהמעביר על דעת בעה"ב נקרא גזול. והגמ' דוחה דשאני התם דאדעתא דפורים יהיב ליה אדעתא דמידי אחרת לא יהיב ליה. אין כונת הגמ' דמעיקרא ס"ד דיהיב אדעתא דכל מילי ורק במסקנא התחדש שיש תנאי בנתינה, שאם נותן בלי תנאי למה אסור לשנות הרי אין בידו להקפיד על דבר שאינו שלו. אלא גם מעיקרא ידעה הגמ' שזה תנאי בנתינה ומה רצו להוכיח לכל מעביר ע"ד בעה"ב. ודחו דשאני פורים שיש קפידא מיוחדת שרוצה שיהיו המעות דוקא לצורך פורים. דזה פשוט שבמקום שיש קפידא גמורה לכו"ע המעביר נחשב גזול. ולכן כתב הריטב"א על תחילת דברי הגמ' הא מני ר"מ דאמר כל המעביר ע"ד בעה"ב נקרא גזול וז"ל פירוש ואפי' במידי דליכא קפידא גמורה ולא פשיעה גמורה עכ"ל. וכשהביאו את הראיה ממגבת פורים ס"ד שגם שם אין זה קפידא גמורה אלא הוי דומיא דהר וביקעה. ודחיית הגמ' היא דהתם הוי קפידא גמורה. וכן כתב הריטב"א בביאור דחיית הגמ' וז"ל דילמא שאני התם וכו' פירוש דהתם כיון דמצות היום היא קפידא רבה איכא לנותנים שאינם רוצים לשנותו עכ"ל. ולכן על הראיה השניה מטלית וחלוק הגמ' לא תירצה שאני התם דנתנו ע"ד כן, ששם ליכא סיבה לקפידא גמורה והוי דומיא דשינוי דהר וביקעה. וכן מבואר במהר"ם שיי"ף ע"ש.

אך אכתי צ"ב מה ראית הגמ' ממגבת פורים הרי גם מי שסובר שהמעביר ע"ד בעה"ב אינו גזול מודה שלכתחילה אסור לשנות מדעתו ואם אמר ללכת בהר אסור ללכת בביקעה אלא דס"ל שמחמת שינוי זה אינו נעשה גזול, א"כ מה ראית הגמ' ממגבת פורים הרי לא כתוב שם שנעשה גזול אלא רק שאסור לשנות. ולפי מה שמביא השיטה בשם הראב"ד דמה שאמר ת"ק מגבת פורים לפורים ואין מדקדקין בדבר היינו דלא כפרש"י אלא שלא מדקדקין אחר העני לבדוק אם משתמש במעות לצרכי פורים או לא אלא רק לכתחילה מלמדין אותו שיעשה בהם צרכי פורים, א"כ משמע מדברי ר"מ שאמר שאינו רשאי לשנות שזה קפידא גמורה ומדקדקין אחריו, שבוזה חולק על ת"ק, ומה ראית הגמ' שנחשב גזול. אבל לרש"י שלא פירש כן קשה מה ראית הגמ' דהוי גזול לר"מ. וראיתי באילת השחר שעמד בזה וכתב שכשנותן רשות להשתמש בממון שלו יש שני אופני קפידא. יש קפידא גמורה שהמשנה מזה נחשב גזול, ויש שמקפיד שלכתחילה לא ישנה אבל אין המשנה נחשב גזול מחמת שינוי זה. אבל כשנותן את הממון במתנה לאחר אם זה קפידא גמורה הרי זה תנאי בנתינה ואם המקבל משנה הוא גזול. אבל אם אין זה קפידא

גמורה ואינו תנאי בנתינה אין זה גורם איסור על המקבל לשנות אפי' לכתחילה, דכיון שאין זה תנאי בנתינה והממון שיך למקבל אין הנותן בעלים לומר למקבל שלא ישנה. ואם במגבת פורים כתוב שלכתחילה אסור למקבל לשנות מוכח שזה קפידא גמורה והוי תנאי בנתינה, ומוכח מזה דהמעביר ע"ד בעה"ב הוי גולן. אמנם מדברי הראב"ד שהובא לעיל מוכח לכאורה דלא כדבריו אלא שגם כאן שיך קפידא לכתחילה שהרי כתב שמה שלת"ק אין מדקדקין בדבר היינו דאף שאומרים לו שלכתחילה לא ישנה אין מדקדקין אחריו לבדוק אם משנה או לא, וע"כ שאין זה גזילה אלא שלכתחילה צריך לעשות כרצון הנותן.

ואין מדקדקין בדבר. רש"י מפרש דהיינו שלא מצמצמים בהוצאות פורים אלא לוקחים ברווח והמותר יפול לכיס של צדקה. השיטמ"ק בשם הראב"ד כתב שאין מדקדקין אחריו אם יעשה כן או לא אלא שמלמדין אותו שלא יקח בהם חלוק אלא שיקיים בהם שמחת פורים. הריטב"א והנ"י כתבו בשם הירושלמי שאין מדקדקין בדבר היינו שלא בודקים את המקבל אם הוא באמת עני או לא אלא כל הפושט יד נותנים לו. וכן מפרש הרמב"ם בפ"ב ממגילה ה"טז.

דברי רבי יעקב. לשון הברייטא שפתח ברא"א אמר ומסיים דברי ר"י אינו ברור. והעיר בזה הגאון בס' תרצ"ד סע' ב' וכתב שגרסא דידן צ"ע מה"ט והעיקר כגרסת הרי"ף שלא גורס ר"א כלל ע"ש. ועיי' מה שכתב בזה המהר"ם שי"ף.

מסקנת הגמ' שהראיה שר"מ סובר שהמעביר ע"ד בעה"ב נקרא גולן הוא מהנותן דינר לעני ליקח בו חלוק לא יקח בו טלית. וכתב הריטב"א שאחר שמוכח שכן דעת ר"מ כבר לא צריך לשנוי על הא דמגבת פורים שהוא מטעם ששם יש קפידא מיוחדת אלא מה דסבר התם ר"מ שהעני אסור לו לשנות הוא משום דאזיל לטעמיה דס"ל שהמעביר ע"ד בעה"ב נקרא גולן, א"כ לדין דלא קי"ל כר"מ בזה הלכה כרשב"ג שמוותר לעני לשנות ורק לגבאי צדקה אסור לשנות שזה גם ת"ק מודה מפני שזה קפידא גמורה ואינו תלוי בדין של המעביר ע"ד בעה"ב. כן דעת רוב הראשונים כמבואר בב"י בס' תרצ"ד וכן נפסק בשו"ע שם סע' ב' שהגבאי לא ישנה אבל העני יכול לעשות בו מה שירצה. ומשמע שאפי' לכתחילה יכול העני לשנות ולא כדמשמע בראב"ד שהובא לעיל שגם לת"ק לכתחילה לא ישנה העני אלא שלא מדקדקין עליו בזה.

הבריקה הכא תרגימו נהוריתא. כתב הריטב"א דמסתברא דאיירי בענין שלא נסמית לגמרי דא"כ אינה ראויה למלאכה כלל והרי היא כנשברה שחייב להעמיד לו חמור אחר, אלא שאינה רואה טוב וראויה למלאכה ע"י הדחק. אבל השיטמ"ק במשנה בד"ה השוכר כתב בשם רבינו יהונתן שנתעוררה בסנוורים ואעפ"כ ראויה למלאכה ע"י הדחק. וכ"כ שם בסוף ד"ה ומשמע בשם הרמ"ך שהבריקה מרוב אור השמש ואינה רואה כלל. וכן נראה מלשון רש"י במשנה שכתב בד"ה הש"ל שאומר לו טלנה כמו שהיא סמויה, משמע סמויה ממש שאינה רואה כלל.

נעשית אנגריא אומר לו הש"ל. כתב הנ"י דמה שאומר הש"ל באנגריא היינו רק לענין שאינו יכול לתבוע חמור אחר כיון שהיא ראויה לאחר זמן, אבל לענין תשלומי השכירות אינו משלם על הזמן שאין החמור אצלו. וכ"כ בשם הרשב"א לגבי הבריקה דאף שראויה לשימוש ע"י הדחק ואינו יכול לתבוע חמור אחר מ"מ אינו משלם את כל השכירות. וזה גם שיטת רש"י שכתב במשנה שהמשכיר אומר לשוכר אף מזלך גרם ונפסיד שנינו, היינו שהשוכר מפסיד מלאכתו והמשכיר מפסיד שכרו. אבל הרמב"ם בפ"ה משכירות ה"א כתב לגבי חלתה או נשתתתה או שנעשית אנגריא בדרך הליכתה אומר לו הש"ל והשוכר משלם שכרו משלם. וכן דעת השיטה בשם תר"פ שכתב על הדין של הבריקה שמכאן יש ללמוד שמלמד שחלה ואינו מלמד כל צרכו אלא רק קצת נותן לו כל שכרו. הרי שס"ל שמה שמבואר במשנה שאומר לו הש"ל היינו שמשלם השוכר כל השכר כדעת הרמב"ם ולא כנ"י בשם הרשב"א. וכתב הגאון בס' שי" סק"ד שמחלוקת זו אם משלם השוכר כל דמי השכירות או לא תלוי במחלוקת רש"י ור"ח דרש"י מפרש שמזל שניהם גרם ולכן גם המשכיר מפסיד שכרו, ור"ח כתב שאם נטלו בדרך הליכתה מזלו של השוכר בלבד גרם לכן כל ההפסד הוא שלו ומשלם כל השכר.

אנגריא שאינה חוזרת. לרש"י אין הכוונה שאינה חוזרת לעולם אלא שאינה חוזרת מאליה אבל אם הולך אחריה יקבל את שלו כשימצאו אחר. אבל לר"ח שמפרש בדרך הליכתה באופן אחר א"כ אינה חוזרת היינו כפשוטו שלא יחזור לעולם. וכן מבואר בגאון בס' שי" סק"ג שכתב על מה דאיתא בשו"ע שם שאנגריא שאינה חוזרת היינו שאין סופה לחזור שזה כפי" ר"ח אבל לרש"י גם שאינה חוזרת חוזרת אחר ב' או ג' ימים אם הולך אחריה. ואנגריא החוזרת היינו שחוזרת אליו בלי שילך אחריה. ושמואל חולק על רב בתרתי. א. ס"ל שאם האנגריא הולכת בדרך שהוא הולך אפי' אנגריא שאינה חוזרת אומר לו הש"ל. ב. שאם אינה הולכת בדרך הליכתו אפי' אם האנגריא חוזרת אליו אינו אומר הש"ל. וכתבו התוס' דמה ששונה אנגריא החוזרת לשמואל מהבריקה הוא שבהבריקה היא כל הזמן ראויה לשימוש ע"י הדחק משא"כ אנגריא אפי' שחוזרת מ"מ עכשיו אינה ראויה לשימוש כלל, ובזה לשמואל אינו יכול לומר הש"ל. אך זה ניחא לפי" ר"ח שמפרש בדרך הילוכה שאין מחפשים בבתים ומזלו של השוכר גרם א"כ י"ל שאם כן מחפשים בבתים ומזל המשכיר גרם כל שיש זמן שאינו ראוי לשימוש אפי' יהיה ראוי אח"כ אינו אומר הש"ל. אבל לרש"י שבדרך הילוכה היינו שיקבל את החמור חזרה כשימצאו אחר א"כ חזינן שאף שאין לו שום שימוש עד שיחזירו לו מ"מ כיון שאחר ב' או ג' ימים יחזור אליו אומר לו הש"ל, א"כ באנגריא החוזרת מה בכך שלא הלכו בדרך הליכתו הרי סופה לחזור אליו, ומ"ש אנגריא החוזרת שלא בדרך הילוכה מאנגריא שאינה חוזרת בדרך הילוכה. וצ"ל שבדרך הילוכה שאני דאף שאינו יכול להשתמש בה מיד מ"מ אינו מתעכב בגלל זה ששוכר חמור אחר עד המקום ששם מוליכים אותו.

חמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר. הראשונים מתקשים במה מתחייב להעמיד חמור אחר ואיזה קנין עשה על חיוב זה. וכמה דרכים נאמרו בזה בראשונים. הרמב"ן כתב שבאמת אינו חייב להעמיד לו חמור אחר דכמאי קני דליחייב ליה ומה שבחמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר היינו שאם אינו מביא חמור אחר אינו חייב לשלם את השכירות. אבל אם אינו תובע את השכירות אינו חייב להעמיד חמור אחר. ובחמור זה מקבל את כל השכירות אפי' אם אינו מביא חמור אחר. ומה שבחמור זה אם יש בדמיה ליקח או לשכור לוקח ושוכר היינו אפי' אם ירצה המשכיר להפסיד שכרו דלענין זה זכה השוכר ע"י משיכת החמור והחמור משועבד לו לקנות ממנו חמור אחר. וכ"כ המ"מ פ"ה משכירות ה"א בדעת הרמב"ם. ובירוש ה"ב כתב שמה שאם מסכים להפסיד שכרו אינו חייב להעמיד לו חמור אחר אפי' בחמור סתם הוא משום שלא עשה קנין על חיוב זה ע"ש, וזה כדברי הרמב"ן. הנ"י כתב על המשנה לעיל דאיכא דמפרשי שמה שבחמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר מיירי

כגון שהקדים לו שכרו וע"י המעות קנה השוכר קנין בחמור אחר אם ימות חמור זה דמעות קונות בשכירות מטלטלין ואפי' מדרבנן דליכא בשכירות חשש שמא יאמר נשפרו חיטיך בעליה. וזה דלא כרש"י בב"ק ע"ט: שכתב שגם בשכירות מטלטלין אין כסף קונה אלא לענין מי שפרע. ועיין בשו"ע ס' קצ"ח סע' ו' שהובא בשם י"א ששכירות מטלטלין נקנה בכסף דלא שייך בזה נשפרו חיטיך בעליה. והגאון שם מצייין לדברי רש"י שמשמע שחולק.

הראב"ד שמוכא בשיטה לעיל במשנה גם מקשה במה נתחייב להעמיד לו חמור אחר. וכתב בשלמא גבי בית סתם ונפל חייב להעמיד לו בית אחר י"ל שקנה ע"י כסף דשכירות קרקע נקנה בכסף אבל חמור שהוא מטלטלין אינו נקנה בכסף אלא למי שפרע וכיון שמת החמור ליכא מי שפרע. והיינו כשיטת רש"י שגם שכירות מטלטלין אינו נקנה בכסף. וכתב הראב"ד דמה שחייב להעמיד לו חמור אחר היינו כגון שקנה מיניה בקנין סודר. הריטב"א כתב על השאלה באיזה קנין נתחייב להעמיד לו חמור אחר וז"ל והנכון דכיון שמשך חמור ראשון וקנאו במשיכה למלאכתו ונתחייב למשכיר בשכרו דשוב אינו יכול לחזור בו, באותה הנאה נתחייב לו משכיר להעמיד לו חמור כאילו קנה מידו עכ"ל. גם הרשב"א לעיל כתב ע"ד הריטב"א שהתחייבות המשכיר חל ע"י משיכת החמור אבל כתב באופן אחר מהריטב"א. וז"ל הרשב"א כיון דאמר לו חמור סתם ומסר לו זה הרי זה כאילו נשתעבד בכך מחמת אחריות להעמיד לו חמור אחר וכדרך שמשעבד לו הנבלה בחמור זה כך משעבד עצמו בחמור סתם באחריות כל נכסיו עכ"ל. לכאורה אינו מובן מהו הקנין על התחייבות זה. בשלמא לריטב"א משיכת החמור מחייב את השוכר ובהיא הנאה שהשוכר מתחייב למשכיר המשכיר חוזר ומתחייב לשוכר. אבל הרשב"א לא הזכיר ענין ההיא הנאה ומשמע שבלי זה משיכת השוכר מחייב את המשכיר, וצ"ב איזה קנין יש כאן על התחייבות המשכיר. וכתב בזה החזו"א בחזו"מ ליקוטים ס' ט"ו סק"א שהרשב"א ס"ל שהתחייבות השוכר בשכרו הוא עצמו הקנין שמחייב את המשכיר. וזה כשיטת הראשונים בקידושין דס"ל שהתחייבות נחשב כסף לקנין. ואף שחזק זה הוא עבור שכירות החמור ואיך יקנה בזה חיוב אחר, כתב החזו"א שהרשב"א ס"ל שחלק מהתחייבותו של השוכר הוא תשלום עבור השכירות והשאר הוא עבור התחייבותו של המשכיר להעמיד לו חמור אחר אם ימות חמור זה. והריטב"א ס"ל שכל הדמים הם עבור שכירות החמור ולכן הוצרך להוסיף שהקנין על התחייבותו של המשכיר להעמיד לו חמור אחר הוא בהיא הנאה שיש לו ממה שהשוכר מתחייב לו. ודברי החזו"א בזה לכאורה אינם מובנים ששיטת הרשב"א בקידושין דף ה. ודף ח: הוא שהתחייבות אינו ממון לקנין ולקידושין. ואולי כונת הרשב"א שנתנית החמור הוא כמשכון על חיוב להעמיד חמור אחר אם ימות חמור זה, ושיטת הרשב"א בקידושין ח: בסוגיא דמנה אין כאן משכון אין כאן שנתנית משכון עושה חיוב אלא שלא מהני לקידושין מפני שא"א לקדש בהתחייבות, אבל כאן שפיר י"ל שנתנית החמור הוא משכון על החיוב שמתחייב המשכיר להעמיד לשוכר חמור אחר אם ימות חמור זה.

נמצא הדרכים באיזה קנין מתחייב המשכיר להעמיד לשוכר חמור אחר א. לרמב"ם ולרמב"ן אין כונת המשנה שחייב אלא שאם אינו מעמיד חמור אחר אינו מקבל שכרו. ב. הני"י בשם איכא דמפרשי ס"ל דאיידי שהקדים השוכר שכרו וכסף קונה בשכירות מטלטלין ובקנין זה חל חיובו של המשכיר. ג. הראב"ד כתב דאיידי שהתחייב בקנין סודר וכלי זה אינו חייב. ד. לרשב"א ע"י משיכת החמור. ה. לריטב"א ע"י ההנאה שיש למשכיר שהשוכר מתחייב לו שכרו ע"י משיכת החמור. ומה שהגמ' שואלת ה"ד אי דאמר חמור סתם חייב להעמיד לו חמור אחר ולא תרצו דאיידי שלא קנו מידו לרמב"ם לרמב"ן ולראב"ד היינו משום שגם בלי קנין אם אינו מעמיד לו חמור אחר אינו מקבל את השכירות וכאן מבואר שנותן שכר חצי הדרך.

הראשונים הנ"ל שהקשו באיזה קנין נתחייב המשכיר להעמיד לשוכר חמור אחר מוכח דקשיא להו רק איזה מעשה קנין יש על חיוב זה אבל לא קשיא דהוי קנין דברים ולא שייך להתחייב חיוב כזה. וצ"ל דהיינו משום שאינו חיוב על המשכיר להעמיד חמור אחר אלא שקונה השוכר קנין בשאר חמוריו של המשכיר. והוי כקונה בית בבתי או שור בשוורי שקונה אחד ולא ידוע איזה ומוטל על המוכר להביא לקונה פחות שבבתי או בשווריו. אך אי"כ יהיה מוכח מדברי הראב"ד שכתב דאיידי שקנה ע"י קנין סודר דס"ל ששכירות נקנה בסודר. וזה דלא כתוס' לעיל י"א: שכתבו ששכירות אינו נקנה בחליפין. ובשלמא אם היינו אומרים דהכא אין זה קנין אלא התחייבות לא היה סתירה לדברי התוס' אבל כיון שהתחייבות להעמיד חמור הוא לכאורה קנין דברים עכ"ל שאין זה התחייבות אלא קנין שכירות שקונה בחמוריו, וא"כ מוכח שהראב"ד חולק על התוס' הנ"ל וס"ל ששכירות נקנה בחליפין. גם הריטב"א בב"מ י"א: חולק על התוס' וס"ל ששכירות נקנה בחליפין. והובא מחלוקת בזה בשו"ע ס' קצ"ה סע' ט'.

יש לעיין לשיטת הרמב"ם ולרמב"ן ולראב"ד שבלי קנין אינו מתחייב להעמיד לו חמור אחר גם בחמור סתם אף שמשך את החמור אם זה דוקא לענין לחייבו משאר נכסיו אבל אם יש בדמי הנבילה של החמור הראשון כדי לקנות חמור אחר או כדי לשכור חמור אחר חיוב זה כן חל ע"י משיכת החמור דלא גרע חמור סתם מחמור זה, ובחמור זה הרי מודה הרמב"ן שע"י משיכת החמור מקבל שיעבוד באותו חמור לשכור או לקנות אחר מדמי הנבילה. או דלמא חמור זה עדיף לענין השיעבוד שיש על חמור זה מחמור סתם. ועיין ברע"א בשו"ע ס' ש"י על הסמ"ע סק"ו שכתב שמסברא נראה דלא גרע חמור סתם מחמור זה וגם בחמור סתם אף שאינו חייב להעמיד חמור אחר משאר נכסיו אם לא קנה מידו ע"ז מ"מ לענין לקנות או לשכור חמור אחר מדמי הנבילה של חמור זה מתחייב ע"י משיכת החמור הראשון, אך מביא שהדרישה לא ס"ל כן ע"ש. אמנם עיקר הדבר שמבואר ברמב"ן שבחמור זה דמי הנבילה משועבדים ויכול לחייב את המשכיר לקנות מדמי חמור אחר לכאורה שיטת רש"י אינה כן כמו שיבואר בס"ד לקמן בד"ה אכתי ע"ש.

ואין לו עליו אלא תרעומת. רש"י מפרש שמה שיש עליו תרעומת אף שמתה כדרכה ומאי הוי ליה למעבד הוא משום שהשכיר לו חמור כחוש. הרשב"א כתב בשם הראב"ד שהתרעומת הוא שמבואר בגמ' דאיידי בחמור זה ואין בדמי הנבילה כדי לקנות ויש בדמיה כדי לשכור אבל אינו יכול לשכור מדמיה כיון דרב ס"ל לא מכלינן קרנא. וכיון שיש אפשרות לשכור ואין המשכיר שוכר מפני שאינו רוצה לכלות את הקרן יש לשוכר עליו תרעומת ע"ז שאינו שוכר. ותמה הרשב"א על הראב"ד למה יהיה תרעומת על מה שאינו מכלה את הקרן הרי אינו חייב לכלות קרנו, אלא מפרש הרשב"א כפרש"י שהתרעומת הוא ע"ז שנתן לו חמור כחוש. ואולי אפשר להבין קצת את דברי הראב"ד לפי מה שיבואר בסמוך בס"ד בדעת רש"י.

רש"י ד"ה לא מכלינן קרנא. כתב רש"י דהא דמבואר במשנה שאם מת חייב להעמיד לו חמור אחר, ומשמע ליה דאיירי אפי' כשאין בדמי הנבילה לקנות אחר אלא רק כדי לשכור אחר, שאני מתני' דאיירי כשמתה בעודה בבית הבעלים ואז יכול המשכיר להוסיף על דמי הנבילה ולקנות חמור אחר ולא היה מכליא קרנא, משא"כ הכא איירי שנמצא השוכר בדרך ואין המשכיר שם בזה אין רשות לשוכר לשכור מן הנבילה כיון שמכלה את קרנו של המשכיר. ומבואר שרש"י מפרש מתני' בחמור זה דאל"כ לא קשיא מהתם כלל, ומה דקתני מתה חייב להעמיד לו חמור אחר היינו מדמי הנבילה כמו שפירש רש"י במשנה. ודברי רש"י לכאורה צ"ב מה נ"מ אם הוא נמצא כאן או לא הרי אינו מחויב להוסיף דמים כיון שלא שיעבד אלא חמור זה א"כ למה קתני שחייב להעמיד לו חמור אחר הרי לשכור מן הנבילה אינו חייב לרב ולהוסיף אינו חייב כיון שאמר חמור זה. וכבר עמד בזה הרמב"ן על דברי רש"י ע"ש. וכתב בזה המהר"ם ש"ף דכיון שביררה בידו להוסיף לא מקרי מכליא קרנא. וכונת המהר"ם ש"ף למה שכתב כאן רע"א בביאור דברי רש"י. דלעולם גם לרב דלא מכלינן קרנא היינו רק דא"א לכוף את המשכיר לשכור חמור אחר מן הנבילה דשמה הוא היה רוצה להוסיף דמים ולקנות אבל גם לרב הבעלים חייבים או להוסיף דמים ולקנות חמור אחר או לשכור מדמי הנבילה אף שיתכלה הקרן. ועל השוכר לתת לבעלים את הברירה להחליט אם להוסיף או לשכור מן הנבילה. ולכן כשאינו בפני הבעלים אינו יכול לשכור מן הנבילה דשמה הבעלים היו רוצים להוסיף ואז אסור לו לכלות את קרנם, וגם להוסיף ע"ד לגבות מן הבעלים אינו יכול דשמה אין הבעלים רוצים להוסיף אלא לשכור בדמי הנבילה ולכן מפסיד השוכר. אבל כשהבעלים נמצאים הם מחויבים או להוסיף ולקנות או לשכור מדמי הנבילה. [אך רע"א מקשה ע"ז מהמשך הגמ' לגבי יבש האילן או נקצץ ע"ש]. וזה כונת רש"י במשנה שכתב דמה דקתני מתה חייב להעמיד לו חמור אחר היינו שחייב להוסיף על דמי הנבילה ולקנות חמור אחר או לשכור מדמי הנבילה. וזה הכל מפני שרש"י מפרש שהמשנה איירי בחמור זה ולא כשאר הראשונים שפרשו מתני' בחמור סתם.

ואולי בזה יש לבאר קצת את דברי הראב"ד שהובאו לעיל שכתב שהתרעומת הוא מפני שאינו שוכר מדמי הנבילה. ואינו מוכן הרי לרב אינו מחויב לשכור מדמי הנבילה ולמה זה סיבה לתרעומת. אך למה שמבואר ברע"א בדעת רש"י הרי באמת הוא משועבד לשכור אף שע"י זה יהיה כליא קרנא, אלא שצריך לתת לו את הברירה אם לשכור ולכלות את קרנו או להוסיף, ואם אינו בפניו א"א לשכור ולא להוסיף. נמצא שאין לשוכר אפשרות לקבל מהמשכיר את מה שמגיע לו ממנו וע"ז יש לו עליו תרעומת. ואף שאין בזה פשיעה של המשכיר מ"מ מה שאינו מקיים את חיובו הוא סיבה לתרעומת לדעת הראב"ד.

אכתי צריך להבין את דברי רש"י לעיל במשנה שכתב על מתה או נשברה שחייב להעמיד לו חמור אחר דהיינו שחייב להוסיף או לשכור לו אחר בדמי הנבילה. ונתבאר דרש"י מפרש מתני' בחמור זה וס"ל שחייב המשכיר או להוסיף או לשכור בדמי הנבילה אף שמכלה את קרנו. אך רש"י מסיים בסוף דבריו או יחזיר לו שכרו וזה לכאורה אינו מוכן, דאף שהובא שיטת הרמב"ן והרמב"ם שבחמור סתם שהדין הוא שאם מתה חייב להעמיד לו חמור אחר שאינו מחויב להעמיד לו אחר אלא שאם אינו רוצה להפסיד שכרו יעמיד לו חמור אחר אבל אם מסכים להפסיד שכרו א"א לחייבו להביא חמור אחר, מ"מ כל זה בחמור סתם אבל בחמור זה מה שיש לו שיעבוד על הנבילה לקנות או לשכור ממנו חמור אחר זה חיוב גמור וגם אם אין המשכיר תובע שכרו יכול השוכר לתבוע ולחייב את המשכיר לקנות או לשכור לו חמור אחר מדמי הנבילה כמבואר ברמב"ן שהובא לעיל. ובדברי רש"י משמע שגם בחמור זה מה שדמי הנבילה משועבדים לקנות או לשכור מהם חמור אחר היינו רק לענין שאם אינו שוכר מדמי הנבילה אין השוכר חייב לשלם דמי השכירות, אבל אם המשכיר אינו תובע שכרו אינו חייב לשכור חמור אחר מדמי הנבילה. דהיינו מה דסביר הרמב"ן והרמב"ם לגבי חמור סתם סובר רש"י גם לגבי דמי הנבילה בחמור זה. ועיין בתוס' בערכין כ: בסוף ד"ה אע"פ שכתבו כן בשם רש"י בב"מ. נמצא ג' שיטות בזה. א. לרוב הראשונים בחמור סתם חייב להעמיד חמור אחר ואפי' אם מסכים להפסיד שכרו. ב. לרמב"ן בחמור סתם אם מוכן להפסיד שכרו אינו חייב להעמיד חמור אחר. אבל בחמור זה מה ששוכרין מדמי הנבילה הוא חיוב גמור גם אם אינו תובע שכרו. ג. לרש"י גם חיוב זה הוא רק אם אינו רוצה להפסיד שכרו.

תוד"ה ואם. הקשו מ"ש חמור זה ששוכרים מדמי הנבילה חמור אחר מבית זה שאם נפל אזדא ולא אמרינן שישכור מדמי האבנים בית אחר. וכתבו דבית אינו עומד לימכר אלא לתקנו משא"כ נבילה עומדת למכירה. השיטה כתב בזה בשם הר"ן דשאני חמור שגם כשמת יש עליו שם חמור ונשאר עליו השיעבוד משא"כ בית כשנפל אין שם בית עליו ופקע שיעבודו מיניה. ועיין מה שכתב עוד בשם הראב"ד.

כי מטי יובל הדרא. הקשו הראשונים אמאי לא משני כגון שמכר ע"מ שלא יחזור ביובל וכמו שמהני תנאי במלוה את חברו ע"מ שלא ישמט שביעית משום שבדבר שבממון תנאו קיים כך יועיל תנאי שלא יחזור ביובל. וכתב הרשב"א שמוכח מכאן שלענין זה לא מהני תנאי. וגם הרמב"ן והריטב"א אף שכתבו שמכאן אין ראייה, לדינא מסכימים דלא מהני בזה תנאי כמבואר בריטב"א כאן וברמב"ן במכות ג: אך הרמב"ן שם כתב שהרמב"ם חולק וס"ל שגם בזה מהני תנאי וכן כתב הרמב"ן בספר המצות מצ' רכ"ז. אך המגילת אסתר שם כתב שטעות נפל בספרי הרמב"ם שהיו ביד הרמב"ן, וברמב"ם שבפנינו לא נמצא בשום מקום שיועיל בזה תנאי. ולדעת הסוברים דלא מהני בזה תנאי נאמרו ב' טעמים בראשונים. א. הרשב"א כאן כתב וז"ל דלכו"ע אין תנאי מועיל ביובל שאין אדם מתנה על מה שאינו שלו שכן כתוב ביובל והארץ לא תמכר לצמיתות כי לי הארץ עכ"ל. וטעם זה כתב גם הנ"י לעיל בפרק הזהב בדף ל"א. מדפי הרי"ף. הרמב"ן במכות ג: כתב טעם אחר שרק שמיטת כספים נחשב דבר שבממון כיון שהאיסור הוא רק על המלוה שלא יתבע חוב שעבר עליו השביעית, אבל אין איסור על הלוה לשלם חוב שעבר עליו שביעית, וא"כ האיסור הוא מפני שהתורה רצתה בטובת הלוה ונחשב דבר שבממון שאם הלוה מוותר על זכותו ליכא איסור. משא"כ ביובל האיסור אינו מפני טובת המוכר שהאיסור הוא על שניהם. א"כ אין זה נידון כדבר שבממון כלל אלא ככל איסורי תורה שא"א לעוקרם ע"י תנאי. והרמב"ן מדמה מכירה לצמיתות לאיסור ריבית שאינו נחשב דבר שבממון ולא מהני בו תנאי. דהיינו שלרשב"א והנ"י זה נחשב דבר שבממון אלא שאין הוא בעלים לעשות בזה תנאי כי לי הארץ. ולרמב"ן הוא בעלים לעשות תנאי אלא שאין זה תנאי בדבר שבממון והוי כמתנה על מה שכתוב בתורה שתנאו בטל.

המנ"ח במצ' של"ט אות י"א כתב נ"מ בין טעמים אלו במוכר שדה אחוזה שהדין הוא שיכול לגאול את השדה בע"כ של הקונה מב' שנים אחרי המכירה עד היובל. ואם התנה המוכר שלא יוכל לגאול עד היובל לרמב"ן יועיל התנאי שבזה אין

איסור על המוכר אם אינו פודה והוי ככל דבר שבממון דמהני בו תנאי משא"כ לרשב"א והנ"י כיון דכתיב כי לי הארץ אין הוא בעלים להתנות.

הרמב"ם כתב בפ"א משמיטה ה"א שאם מכר לצמיתות שניהם עוברים בלא תעשה ואין מעשיהם מועילים. וכתב הרדב"ז שהטעם שאין הקנין חל הוא משום דכל דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. אך דעת הלח"מ בפ"ו מבכורות ה"ה שהרמב"ם פוסק כאב"י שאי עביד מהני ולדבריו א"א לפרש כרדב"ז. וכתב המנ"ח במצ' של"ט אות כ"ד שיש"ל דמה שהמקח בטל אינו מדין אי עביד לא מהני אלא כדברי הרשב"א והנ"י דכתיב כי לי הארץ ואין המוכר בעלים על הקרקע לעשות בו מכירה לעולם. ואף שהרמב"ם כתב שלרמב"ם מהני תנאי כבר הובא שהמגילת אסתר כתב שלא נמצא כן בספרי הרמב"ם שלנו.

המוכר לס' שנה. עיין במנ"ח מצ' של"ט אות י"ח שכתב דפשוט דס' שנה לאו דוקא אלא אפי' מוכר לאלפיים שנה אין היובל מפקיע דאין זה מכירה לצמיתות ומה לי חד יובל מה לי כמה יובלות. ועוד מסתפק המנ"ח שם באות כ"א במוכר לס' שנה והלך הקונה ומוכר לאחר סתם אם יוצא מהקונה השני ביובל או לא, האם חזרה ביובל הוא רק לבעלים הראשונים וכאן שלא יחזור לראשון שהוא מכר לזמן אינו חוזר כלל, או דלמא גם כשלא חוזר למוכר הראשון יוצא מהלוקח האחרון ויחזור ללוקח הראשון. ועיין באב"י עזרי פ"א משמיטה ה"ב שתמה על דברי המנ"ח שאין כאן ספק כלל שאם הראשון מכר לזמן בהכרח שגם מכירת השני הוא מכירה לזמן שאינו יכול למוכר מה שאין לו, וא"כ אף שהשני לא פירש שמוכר לזמן למעשה מכירתו היא לזמן ואינה לצמיתות ופשוט שגם מכירת השני אינו חוזר ביובל כדין המוכר לס' שנה.

השוכר את הספינה וטבעה בחצי הדרך. מבואר בגמ' שבספינה זו ויין סתם אינו משלם כיון שהעיקוב הוא מכח בעל הספינה ולא מכח בעל היין. וכתבו התוס' בד"ה אילימא שאפי' החצי דרך שהלך אינו משלם, ולא דמי למה שמבואר לעיל גבי השוכר את החמור ומתה בחצי הדרך שמשלם את מה שהלך דשאני התם שנהנה מהמקצת שהלך משא"כ כאן שלא נהנה אינו משלם כלל. ואף שכבר נתחייב בדמי השכירות ע"י משיכת הספינה כמש"כ התוס' בד"ה אלא, חיובו הוא בתנאי שלא יהיה עיכוב מצד בעל הספינה, וכיון שהעיקוב בספינה זו ויין סתם הוא מצד בעל הספינה אינו משלם כל שלא נהנה אף שכבר משך. בספינה סתם ויין זה מבואר בגמ' שכיון שהעיקוב הוא מצד בעל היין הוא משלם אף שלא נהנה, ולריב"ן בתד"ה אלא הוא משלם את כל הדרך גם מה שלא הלך וכן דעת רש"י בריש ע"ב ב' ד"ה גימא ליה. וב' דרכים נאמרו בתוס' בביאור חיוב זה. בתחילה כתבו שנתחייב בעל היין לבעל הספינה בכל דמי השכירות ע"י משיכת הספינה, דהיינו שאם לא יהיה עיכוב מצד בעל הספינה אלא מצד בעל היין הרי הוא מחויב כבר בכל דמי השכירות ע"י משיכת הספינה. ושוב כתבו התוס' שאפי' אם לא משך כיון שהמשכיר יכול לקיים תנאו והשוכר אינו יכול הרי זה כאילו חזר בו השוכר וחייב גם על מה שלא הלך כפועל בטל. וצ"ב במה נתחייב בחיוב זה כיון שלא משך עדיין את הספינה וליכא אלא דברים בעלמא. ולכאורה יש לדמות חיובו של השוכר כאן לחיובו של בעה"ב ששכר פועלים וחזר בו בעה"ב אחרי שהלכו פועלים שחייב לשלם להם כפועל בטל כמבואר לעיל ע"ז. וגם שם נחלקו הראשונים אם חיובו של בעה"ב הוא מכח תחילת מלאכה שהוא קנין על חיוב הפועלים או שחיובו מדין מזיק מדינא דגרמי כיון שהפועל סמך על בעה"ב ולא נשכר לאחר בגללו. וכן כאן יש לפרש חיובו של השוכר לבעל הספינה מכח משיכת הספינה שהוא מעשה קנין לחייב את השוכר בדמי השכירות, וזה תחילת דברי התוס'. וכן יש לפרש חיובו מכח מזיק או ערב כיון שבעל הספינה סמך עליו ולא השכיר ספינתו לאחר בגללו ועכשיו הוא מונע קיום התנאי הרי הוא חייב לבעל הספינה על ההפסד שנגרם לו בגללו. וזה מה שכתבו התוס' דשמא חייב גם בלי משיכה כיון שהוא המעכב.

התוס' הקשו בד"ה אלא אמאי חייב בעל היין בכל דמי השכירות כשהוא המעכב מ"ש ממה שמבואר לעיל שהשוכר פועל לדוולא ואתא מיטרא פסידא דפועלים, דכל היכא דשניהם אנוסים הוי פסידא דפועלים והכא נמי יהיה פסידא דבעל הספינה. ויש לעיין אם שאלת התוס' הוא רק למה שהוסיפו דהכא אפי' לא משך בעל היין את הספינה מ"מ הוא משלם את כל הדמים וע"ז קשיא להו מ"ש מאתא מיטרא דהוי פסידא דפועלים, אבל למה שכתבו בתחילה דאירי הכא שמשך את הספינה ומשיכת הספינה הוא קנין על חיוב השכירות לא קשיא מאתא מיטרא דשאני התם שלא היה קנין אלא אמירה לבד. או אולי גם כשיש קנין קשיא להו שאם הוא אנוס אינו מתחייב.

הריטב"א שהובא בשיטמ"ק ד"ה ועדיין כתב על שאלת התוס' שמה שמבואר לעיל דהוי פסידא דפועלים היינו בפועל או בקבלן שלא נשכר אלא בדיבור בעלמא אבל קבלן שנתחייב להוליך דבר ידוע ומשך הדבר כל שאין העיכוב מצידו אינו מפסיד משכרו כלום. וזה כשיטת הריטב"א שהובא בשיטה לעיל ע"ז: ד"ה בד"א שקבלן שקיבל בגד לארוג אם משך הקבלן את הצמר זכה ע"י המשיכה בשכרו ואין אחד מהם יכול לחזור [הובא במחנ"א שכירות פועלים ס' ו' ד"ה העולה]. הרי שסובר הריטב"א שמה שמבואר לעיל דהוי פסידא דפועלים הוא רק כשלא משך. א"כ ה"ה ד"ל בדעת התוס' שאם משך השוכר הוא מתחייב ע"י המשיכה ולא קשיא לתוס' ממה שמבואר לעיל דהוי פסידא דפועלים אלא רק למה שהוסיפו התוס' שגם בלי משיכת הספינה משלם השוכר את כל השכירות. ואף שהתוס' איירי לענין משיכת השוכר את הספינה והריטב"א איירי לענין משיכת בעל הספינה את היין מ"מ שניהם מעשה קנין על השכירות, וכמו שלא קשה לריטב"א כשמשך בעל הספינה את היין כך יתכן שלא קשיא לתוס' אחרי שמשך בעל היין את הספינה, וקושייתם רק למה שהוסיפו דאירי הכא אף שלא משך. וכן מבואר בדברי רע"א כאן בד"ה עוד י"ל שכתב על שאלת התוס' מפסידא דפועלים דהתם שאני דליכא קנין אלא אמירה בלבד משא"כ הכא שמשך השוכר את הספינה נתחייב בכל דמי השכירות. ומוסיף רע"א דאף שכתבו התוס' דהכא איירי אפי' בלי משיכה מנא להו זאת גימא דאירי רק עם משיכה ולא קשיא. עכ"פ מבואר בדברי רע"א דאי איירי הכא כשמשך לא קשיא מלעיל. וזה כמבואר בריטב"א הנ"ל. אמנם מדברי החזו"א ב"ק ס' כ"ג סק"כ מבואר דמפרש ששאלת התוס' הוא אפי' באופן שמשך השוכר את הספינה דהכא אינו שוכר רק את הספינה אלא גם את הספן ולגבי הספן דינו כשכירות פועלים ואף שמשך הספינה צריך להיות פסידא דפועלים דהיינו הספן כיון שבעל היין אנוס.

עיקר דברי התוס' שכתבו שנתחייב השוכר בדמי השכירות ע"י משיכת הספינה לכאורה קשה דשכירות אינה משתלמת אלא לבסוף וכמו שהקשו בד"ה אי. ומה שכתבו שם דכיון שנתן נתרצה שיהיה שלו זה שייך רק שם שהקדים המעות משא"כ הכא עדיין לא נתן. ונראה שכונתם כר"ת שבתוס' לעיל מ"ח. שמשיכת כלי אומנותו של הפועל הוא קנין, וה"נ משיכת הספינה

הוא כלי אומנותו של הספן. ועיין בחזו"א הנ"ל ב"ק ס' כ"ג סק"כ שמביא על דברי התוס' האלו את דברי ר"ת. וכיון שמקבל קנין בגוף הפועל ע"י משיכת כלי אומנותו חיוב הדמים הוא עבור הקנין שמקבל בפועל ולא עבור המלאכה ולא אמרינן בזה אינה לשכירות אלא לבסוף.

ותירץ ריב"ן וכו'. דברי ריב"ן לחלק בזה בין פועלים דלעיל שלא הפסידו כלום חוץ מביטול מלאכה לבין בעל הספינה שהפסיד ספינתו לכאורה אינם מובנים דמה ענין הפסד הספינה לכאן הרי אין אנו באים לחייב את בעל היין בדמי הספינה אלא בשכר הדרך ולמה הפסד הספינה הוא סיבה לחייב על הדרך שלא הלך. וכתב בזה החזו"א בב"ק ס' כ"ג סק"ב שכלול בחשבון השכר שלוקח בעל הספינה אחריות של אנוסין על הספינה שהדרכים בחזקת סכנה. וכשטבעה הספינה הרי זה כשימש השוכר בספינה וגם עבור צד אנוס זה נתחייב בשכרו.

יוצא מדברי התוס' שגם באופן שהעיקוב הוא מצד בעה"ב אם שניהם אנוסים הוי פסידא דפועל ואינו מקבל שכר על מה שלא עבד והכא שאני דאיכא הפסד הספינה. ולריב"ם אפי' בספינה שיש הפסד אינו משלם על מה שלא הלך וכ"ש בפועל שאין הפסד שאין בעה"ב משלם מה שלא עבד אם הם אנוסים אף שהעיקוב הוא מצד בעה"ב. אמנם אין זה דעת כל הראשונים. שהמרדכי כאן בס' שני' כתב שריב"ן יואל למד מגמ' זו של ספינה שמלמד שהשכיר עצמו ללמד לשנה ובתוך השנה מת התלמיד שיכול המלמד לתבוע את כל שכרו כיון שאין העיקוב מצידו אלא מצד בעה"ב, ודמי לספינה סתם ויין זה דמבואר בגמ' שמשלם אף שלא נהנה, ור' יואל מפרש שמשלם את כל הדרך גם מה שלא הלך כשיטת הריב"ן, אבל הריב"ן כתב שזה דוקא בספינה מפני הפסד הספינה, ור' יואל ס"ל כן גם במלמד אף דליכא בזה פסידא. ודברי ר' יואל הובאו במחנ"א הל' שכירות ס' ח' וכתב שזה דלא כריב"ן וכ"ש דלא כריב"ם. ומביא שגם הרשב"א בתש' שהובא בב"י ס' שלי"ה ס"ל כר' יואל שכתב שבעה"ב ששכר משרת ומת בעה"ב בתוך זמן השכירות נוטל המשרת את כל השכירות, ומביא הרשב"א ראייה לדבריו מספינה סתם ויין זה. אך בהל' שכירות ס' ד' מביא המחנ"א שהמרדכי בשם רבינו מאיר חולק על ר' יואל לגבי מלמד שמת תלמידו. ודברי המרדכי בשם ר' מאיר הם לעיל על הגמ' דאתא מיטרא פסידא דפועלים. דהיינו שהתוס' כאן הקשו סתירה ממה שמבואר כאן בספינה סתם ויין זה שמשלם בעל היין כל דמי השכירות, למה שמבואר לעיל באתא מיטרא דהוי פסידא דפועלים. ור' יואל מדמה נידון דמיתת התלמיד למה שמבואר כאן לגבי ספינה ולמד מכאן שמשלם כל השכירות, ור' מאיר מדמה למה שמבואר לעיל דהוי פסידא דפועלים. ור' מאיר ילמד דספינה שאני דאיכא הפסד הספינה כמש"כ הריב"ן, אבל לר' יואל ולרשב"א יקשה קושית התוס' מאתא מיטרא ולא ס"ל כתי' ריב"ן שהרי למדו מספינה למלמד ולמשרת אף דליכא בהו פסידא.

המחנ"א בהל' שכירות ס' ד' ד"ה ובעיקר כתב על דברי ר' מאיר שלמד דינו מאתא מיטרא דלא דמי דהתם לא מצי פועל לומר אנא הא קאימנא שגם בעה"ב יכול לומר הרי השדה לפניך ואין העיקוב שם לא מזה ולא מזה משא"כ במלמד שמת תלמידו העיקוב הוא מצד התלמיד ולא מצד המלמד. ודברי המחנ"א לכאורה צ"ע קצת שלא הזכיר שבתוס' מבואר שלא כסברתו שהתוס' הקשו מאתא מיטרא לספינה ולדברי המחנ"א לא קשה משם. עכ"פ בדעת ר' יואל י"ל כדברי המחנ"א דלא קשיא ליה קושית התוס' דשאני ספינה שהעיקוב הוא מצד בעל היין ולא מצד בעל הספינה. גם רע"א כאן מקשה על ראית התוס' מאתא מיטרא דאף ששם ס"ל שהעיקוב הוא מצד בעל השדה שאין שדהו ראוי למלאכה, ולא כמחנ"א שכתב ששם אין העיקוב לא מזה ולא מזה, מ"מ כתב רע"א שמשם אין ראיה דשאני אתא מיטרא ששניהם ידעו שיכול להיות מיטרא והוי פשיעה דתרווייהו, ובזה הוי פסידא דפועלים אף שאין העיקוב מצד. ומה שמבואר לעיל דאגר דלדולא ופסק נהרא דהוי פסידא דפועלים כששניהם אנוסים התם שאני דאין העיקוב בבעה"ב שהשדה ראוייה למלאכה אלא שלפועל אין מאיפה להביא מים. אבל היכא שהעיקוב הוא מצד בעה"ב וליכא פשיעה של הפועל יתכן שנוטל כל שכרו כמבואר בספינה סתם ויין זה ולא קשה מלעיל. וכן י"ל לדעת ר' יואל והרשב"א.

נמצא מחלוקת ראשונים בהא דמבואר לעיל דהיכא שאין הפועל יכול לעשות מלאכתו הוי פסידא דפועלים, וזה בין כששניהם אנוסים בין ששניהם פשעו והוי להו למידע שיתכן שלא יוכל לעשות את המלאכה, אם זה אפי' כשהעיקוב הוא מצד בעה"ב, ומה שמבואר לגבי ספינה שמשלם בעל היין את כל השכירות כשהעיקוב הוא ממנו היינו דוקא בספינה שיש הפסד הספינה, או שבכל גווני שהעיקוב הוא מצד בעה"ב חייב הוא בכל דמי השכירות כמבואר בספינה ושאני אתא מיטרא דאיכא פשיעה ושאני פסק נהרא דאין העיקוב מצד בעה"ב אלא מצד הפועל. ונחלקו בזה ר' יואל והרשב"א עם הריב"ן ור' מאיר.

והדרכים שנתבארו בשוב קושית התוס' מספינה לאתא מיטרא הם א. תי' הריב"ן דשאני ספינה דאיכא הפסד הספינה. ב. תי' הריב"ם שגם בספינה אינו משלם אלא מה שהלך ולא מה שלא הלך כמו לעיל דהוי פסידא דפועל. ורק אם כבר שילם אינו נוטל, ודין זה קיים גם לעיל ולא רק בספינה, דריב"ם לית ליה ספינה שאני משום הפסד הספינה כמו שיבואר בסמוך בשם החזו"א. ג. תי' הריטב"א דמשך בעל הספינה את היין ובוזה חל קנין השכירות ונתחייב השוכר בכל הדמים. ד. שאני ספינה דמשך בעל היין את הספינה ונתחייב בכל דמי השכירות. לפי מה שנתבאר שיש צד לומר שכל קושית התוס' הוא רק היכא דלא משך. ה. תי' רע"א דשאני ספינה שאין העיקוב מצד בעל הספינה משא"כ לעיל העיקוב מצד הפועל. ואתא מיטרא שאני דהוי פשיעה. ו. האו"ש בחידושו מישב קושית התוס' ע"פ דברי הקונה"ס בכלל ד' אות ה' שמחלק בין שכירות קרקע ומטלטלין לשכירות פועלים ששכירות קרקע ומטלטלין הוא כממכר ליומיה ולא אמרינן בזה אינה לשכירות אלא לבסוף, וספינה הוי שכירות מטלטלין לכן חייב גם על מה שלא הלך, משא"כ בשכירות פועלים אמרינן דאינה אלא לבסוף ובוזה אם לא עבד אינו נוטל שכרו לכן הוי פסידא דפועלים, ע"ש. ובעיקר חידושו של הקונה"ס עיין בקובה"ע ס' נ"ג אות י"א שמביא שברשב"א מפורש שגם בשכירות קרקע אמרינן שאינה לשכירות אלא לבסוף. ובהשמטות שם מקשה הקובה"ע על הקונה"ס דמפורש בגמ' בב"מ ס"ה. שגם לגבי שכירות קרקע אמרינן שאינה משתלמת אלא לבסוף. אך כבר העירו דדברי הקונה"ס נאמרו לענין הא דאינה אלא לבסוף שהחיוב חל בסוף, שזה לא נאמר אלא בשכירות פועלים, אבל מה שאינה משתלמת אלא לבסוף דהיינו שזמן הפרעון הוא בסוף מודה הקונה"ס שהוא גם בשכירות קרקע ומטלטלין.

יין זה. מה שמבואר בגמ' שאם שכר ספינה ליין זה אין השוכר יכול לקיים תנאו שאין לו רשות להביא יין אחר כתב הנ"י שזה רק כשהיין הראשון אינו בעולם ואינו יכול להביאו אין לו רשות להביא יין אחר במקומו. אבל אם היין הראשון נמצא

בעין ויכול להביאו יכול גם להביא יין אחר במקומו. ועיין בסמ"ע בס' שי"א סק"א שמבאר דבריו דאף שהתחייבותו של בעל הספינה היתה רק על יין זה מ"מ כ"ז שבידו להביא יין זה יכול להביא גם יין אחר דאין נ"מ לבעל הספינה איזה יין מביא וכופין על מידת סדום. אבל כשאין היין הראשון בעולם יש נ"מ לבעל הספינה מקפידתו ואין זה מידת סדום וכיון שיש לו רווח בקפידתו מצא תנאו מקום לחול. ועיין מש"כ בזה הקצה"ח שם סק"א.

ספינה זו ויין זה. מבואר דכיון שאין אחד שמעכב יותר מחברו אלא שניהם מעכבים בשוה יכול המוחזק לטעון שחברו הוא המעכב. וצריך להבין מה בין זה לספינה סתם ויין סתם שאינו תלוי במוחזק אלא תמיד חולקים. דעיין ברא"ש שכתב שמה שחולקים בספינה סתם ויין סתם הוא דוקא כשאין אחד מהם מביא את שלו אבל אם אחד מביא את שלו והשני אינו מביא את שלו יד המביא על העליונה. דהיינו שאם בעל היין מביא ובעל הספינה אינו מביא העיכוב הוא מצד בעל הספינה ודינו כספינה זו ויין סתם שאינו משלם כלום. ואם בעל הספינה מביא ובעל היין אינו מביא הרי זה כספינה סתם ויין זה ומשלם כל שכרו. וא"כ יוצא שמה שאם אף אחד אינו מביא את שלו חולקים הוא מפני שכ"א אומר לחברו אני איני מעכב שאם אתה תביא את שלך גם אני אביא את שלי. א"כ הטענות בספינה סתם ויין סתם הם ממש כמו הטענות בספינה זו ויין זה, דבתרייהו כ"א טוען שהעיכוב הוא מחמת חברו, ואמאי בספינה זו ויין זה אזלינן בתר המוחזק ובספינה סתם ויין סתם חולקין, וצ"ע.

ספינה סתם ויין סתם חולקין. יש לעיין אם מה שחולקים הוא משום דהוי כעין ספק ועל הצד שהעיכוב הוא מצד בעל הספינה אין בעל היין משלם כלום, ועל הצד שהעיכוב הוא מצד בעל היין הוא משלם כל השכירות, וכיון שהם שקולים חולקים. או שמה הדין במצב זה הוא שמשלם עבור מה שהלך ואינו משלם עבור מה שלא הלך, וכיון דאיירי שטבעה הספינה בחצי הדרך הוא משלם חצי כפי מה שהלך. ולפי צד זה אם הלך פחות מחצי או יותר מחצי ישלם לפי מה שהלך, משא"כ לפי הצד הראשון תמיד חולקים. ובלשון השיטמ"ק בסד"ה רבי נתן שכתב שבכה"ג דין הוא שיתן שכר מה שהלך משמע לכאורה כצד השני. ועיין בסמ"ע ס' שי"א סק"ז שכתב שמשלם תמיד חצי ואינו תלוי כמה הלך. אך מסיים הסמ"ע מיהו אינו מוכרע. דהיינו שמספקא ליה שמה מה שמשלם חצי אינו דין יחלוקו אלא שמשלם כמה שהלך ורק בגלל שהלך חצי משלם חצי. הש"ך שם סק"ג כתב שמש"כ הסמ"ע שאינו מוכרע לענ"ד הוא מוכרע. דהיינו שפשיטא ליה לש"ך שתמיד חולקים ואין נ"מ כמה הלך.

החזו"א בב"ק ס' כ"ג סקי"ג בד"ה בהא כתב שהדבר מבואר בספיקו של הריב"ם, ששיטת הריב"ם בתוד"ה אי שבספינה סתם ויין זה אינו משלם את כל השכירות אלא רק מה שהלך, ולגבי ספינה סתם ויין סתם שמבואר בגמ' שחולקים מספקא לריב"ם אם היינו שמשלם חצי ממה שהלך דהיינו רביע, או שמשלם את כל מה שהלך שהוא חצי מכל הדרך. וכתב החזו"א שלצד של הסמ"ע שיחלוקו היינו שמשלם מה שהלך אין מקום לספיקו של ריב"ם דליכא צד לומר שמשלם רביע שהרי הלך חצי דרך ולא רביע אלא מפורש בריב"ם שיחלוקו היינו שיש צד שמשלם כל מה שהלך ויש צד שאינו משלם כלל וכיון שהצדדים שקולים הוא משלם מחצה דהיינו רביע. ודברי החזו"א צ"ב דאמנם בצד זה של ריב"ם מוכח כש"ך אבל בצד השני של הריב"ם שמשלם את כל מה שהלך, ונקרא חלוקה כיון שהלך חצי הדרך, מבואר כצד השני של הסמ"ע, וא"כ ספיקו של הסמ"ע הוא ספיקו של הריב"ם ולמה כתב החזו"א שבדברי הריב"ם מוכח כש"ך. וצ"ל שכונת החזו"א שכל מה שהביא את הריב"ם להסתפק בזה הוא רק מפני שלשיטתו שגם בספינה סתם ויין זה אינו משלם אלא מה שהלך א"כ כ"ש בספינה סתם ויין סתם שאין צד שישלם את הכל וא"כ קשה למה חולקים. ומכאן זה כתב הריב"ם דשמה חולקים היינו שמשלם כל מה שהלך שהוא חצי הדרך ושמה חולקים היינו שמשלם רביע. ומשמע דלולא חידושו היה מפרש כפשוטו שכיון שיש צד שמשלם הכל וצד שאינו משלם כלל והצדדים שקולים חולקים. ומזה מביא החזו"א ראייה שלדידן יהיה הדין כש"ך ולא כסמ"ע.

אכתי יש לדון אם מה שלכתחילה לא יתן ואם נתן לא יטול בין בהלך קצת בין בהלך הרבה הוא מדין ספק או שזה דין ודאי שבמצב כזה הדין הוא שאינו נותן ואם נתן אינו נוטל. מלשון התוס' משמע שזה דין ודאי דלכתחילה אינו נותן אבל אם נתן אמרינן דנתרצה שיהא שלו לאלתר. אך בדברי הריב"ם שכתב הממ"ע משמע לכאורה שזה דין של ספק, וכן מפורש ברמב"ם בב"מ ו: שכתב שמהני הכא תפיסה בספק משום דהוי תפיסה ברשות, והובאו דבריו בקוה"ס כלל ג' אות א' ע"ש.

תוד"ה אי אתה מוצא. הקשו מה בכך שנתן הא אין שכירות משתלמת אלא לבסוף ועדיין לא זכה בעל הספינה במעות. ות' דכיון שנתן שכרו נתרצה שיהיה של בעל הספינה לאלתר. הובא לעיל בריש פרקין מה שחדשו הקובע"ע בס' נ"ג אות ט' והקה"י ס' מ"ו ע"פ המשנה לעיל ס"ה. שמרבין על השכר ואין מרבין על המכר שמה שאינה לשכירות אלא לבסוף היינו כשמשלם בסוף שאז התשלום הוא עבור הפעולה והחייב על הפעולה חל בסוף, אבל כשמשלם בתחילה הוא משלם עבור הקנין שיש לו בפועל או בחפץ ששוכר, ובזה זוכה הפועל או המשכיר בשכרו מיד. והקה"י מבאר ע"פ חידוש זה את דברי התוס' כאן. והובא שם שיסוד זה, וכן שזה ביאור דברי התוס' כאן, כבר כתב המחנ"א בהל' שכירות פועלים ס' ג' יעו"ש.

שיטת הריב"ם הוא שגם בספינה סתם ויין זה אין השוכר משלם אלא מה שהלך ולא שכר כל הדרך כדין כל פועל שאינו יכול לעשות מלאכתו דהוי פסידא דפועלים, ולית ליה לריב"ם מה דסבר הריב"ן שספינה שאני מפני הפסד הספינה. אך זה רק כשעדיין לא שילם אבל אם שילם אינו נוטל אפי' שכר הדרך שלא הלך. ויש לפרש דברי הריב"ם בב' אופנים. א. שבכל פועל שאינו יכול לעשות מלאכתו דמבואר לעיל דהוי פסידא דפועלים לא רק שלכתחילה אינו מקבל שכרו אלא אפי' אם כבר נתן חוזר ונוטל, ורק כאן בספינה כיון דאיכא הפסד הספינה הדין הוא שאם נתן אינו חוזר ונוטל. דהיינו דמה דסבר ריב"ן לענין לשלם לכתחילה סובר הריב"ם לענין אם נתן שלא יטול. ב. הריב"ם לית ליה כלל סברת הפסד הספינה, ודין ספינה שוה לגמרי לדין פועל שאינו יכול לעשות מלאכתו, וגם הכא וגם התם אינו נותן לו שכרו על מה שלא עבד, וגם הכא וגם התם אם נתן אינו חוזר ונוטל. דהיינו שדברי ריב"ם הם תי' נוסף על שאלת התוס' בד"ה אלא מ"ש הכא מדלעיל. וריב"ן תי' דשאני ספינה משום הפסד הספינה, וריב"ם לית ליה חילוק זה אלא מתרץ שהדין הכא ולעיל שוה שאם לא נתן לא יתן ואם נתן לא יטול. ועיין בדברי המחנ"א הל' שכירות ריש ס' ח' שמביא מחלוקת הריב"ן והריב"ם וכתב דריב"ן ס"ל דאף שהעיכוב הוא מצד בעל היין אינו משלם השכר של מה שלא הלך אלא רק מפני הפסד הספינה, ואח"כ כתב דריב"ם ס"ל שאפי' במקום הפסד הספינה אינו

משלם אלא רק שאם נתן אינו חוזר ונוטל. ומשמע מרהיטת דבריו [אף שאין מוכח כן בדבריו] שגם הריב"ם אינו סובר שאם נתן אינו נוטל אלא במקום הפסד הספינה. אבל החזו"א בב"ק ס' כ"ג סק"ג כתב דריב"ם לית ליה כלל סברת הפסד הספינה ודברי ריב"ם הם תי' בפני"ע על שאלת התוס' וס"ל שגם לעיל פסידא דפועלים היינו רק לענין שלא יתן אבל אם נתן גם שם אינו חוזר ונוטל. ומביא החזו"א שמפורש כן בתה"ד ס' שכ"ט.

ונידון זה אי פועל שאינו יכול לעשות מלאכתו דאמרין דהוי פסידא דפועל ואינו מקבל שכר על מה שלא עבד אם בעה"ב כבר שילם אם נוטל ממנו או לא הוא מחלוקת הפוסקים והובא לעיל ע"ו. שהרא"ש שם כתב שמה דהוי פסידא דפועלים הוא משום שיד הפועל על התחנותה שהוא המוציא ועליו ראייה. וכתב הגאון בס' של"ד סק"ה שלא"ש אם כבר שילם אינו נוטל. ודלא כדמשמע ברמ"א שגם אם שילם חוזר ונוטל ממנו. ובסוף דבריו מציין הגאון לדברי הריב"ם, וזה כדברי החזו"א שלריב"ם גם בפועל אם נתן אינו חוזר ונוטל ולא רק בספינה הדין כן משום הפסד הספינה.

ריב"ם קשיא ליה לשיטתו שגם בספינה סתם ויין זה אינו משלם אלא מה שהלך א"כ אמאי בספינה סתם ויין סתם חולקים הרי אין צד שחייב את כל השכר. וכתב שחולקין היינו שמשלם רביעי או שחולקים היינו שמשלם כל מה שהלך דכיון שהוא מזומן לקיים תנאו דין הוא שיטול את מה שכבר הלך השוכר. ויש לעיין לפי הצד שמשלם כל מה שהלך מאי איכא בין ספינה סתם ויין סתם לספינה סתם ויין זה הרי בתרומתו משלם מה שהלך. וי"ל דאה"נ לענין לכתחילה שניהם שוים שבשניהם משלם את כל מה שהלך ולא יותר, אבל הנ"מ ביניהם הוא היכא שכבר שילם את הכל שבספינה סתם ויין זה אם כבר נתן את כל השכירות אינו חוזר ונוטל, ובספינה סתם ויין סתם תמיד חולקים ומשלם רק את מה שהלך ואפי' כבר שילם נוטל מה ששילם יותר מחצי הדרך. ועיין בחזו"א ב"ק ס' כ"ג סק"ג ד"ה שם שכתב שספיקו של ריב"ם הוא רק לענין לכתחילה אבל אם כבר נתן בודאי חולקים הכל.

השוכר את הספינה ופרקה לה בחצי הדרך. מבואר בגמ' שאם לא משכח בעל הספינה לאגורה משלם השוכר כוליה אגרא. וכתבו התוס' דהיינו כפועל בטל. ודמי להא דמבואר לעיל ע"ו: שאם הלכו פועלים וחזרו בו בעה"ב ואין הפועל מוצא עכשיו להשכיר עצמו לאחר משלם בעה"ב שכרו כפועל בטל. המ"מ בפ"ה משכירות ה"ד כתב שפרשו ז"ל שאינו מנכה לו כלום, דהיינו שמשלם שכרו משלם ולא כפועל בטל, דכיון שהספינה קיימת יכול לומר לו אנא הא קאימנא. ולא דמי לספינה סתם ויין זה שעל מה שלא הלך משלם רק כפועל בטל דהתם שאני שאין הספינה קיימת. ותמה המ"מ שם על המ"מ דלעיל לגבי פועל מבואר בגמ' שמשלם רק כפועל בטל אף שהפועל עומד ומזומן לקיים תנאו. ומבאר המ"מ שכונת המ"מ דבספינה אין הנאה מן הבטלה דאינו נשאר לעמוד שם אלא חוזר לביתו ואינו בטל משא"כ כשטבעה הספינה וכן בפועל לעיל הוא בטל ממלאכה. ועיין ברע"א בשו"ע ס' שיי"א על הש"ך סק"ד שמביא שבשיטתו"ק כאן בד"ה כתוב בהלכות כתב בשם רבינו יהונתן כדברי המ"מ ולא כתוס'. ור' יהונתן מדמה ספינה לאכלושי דמחוזא דאין הנאה מביטול מלאכת הספינה. אך כ"ז לגבי השוכר ספינה ופרקה בחצי הדרך שהספינה קיימת אבל לעיל בספינה סתם ויין זה שמשלם שכר כל הדרך מודה המ"מ שמשלם כפועל בטל. אמנם גם שם יש חולקים שהטור בס' שיי"א כתב בשם הרמ"ה שגם בספינה סתם ויין זה משלם כל השכר כולו ולא רק כפועל בטל ואף שטבעה הספינה ואינו בעולם. והובאו דברי הרמ"ה ברע"א הנ"ל על סע' ג' ע"ש. נמצא ג' שיטות בזה א.תוס' ס"ל שתמיד משלם כפועל בטל. ב.המ"מ ור' יהונתן ס"ל שאם הספינה קיימת משלם שכרו משלם. ג.הטור בשם הרמ"ה ס"ל שגם אם אין הספינה קיימת משלם כל שכרו משום דספינה דמיא לאכלושי דמחוזא. וע"ע מה שכתב בזה הקצות שם סק"ב.

אמאי אית ליה תרעומת. לכאורה אינו מובן דלעיל בריש פרקין מבואר לגבי פועל החוזר בו שאפי' אם יכול בעה"ב לשכור פועלים אחרים ולית ליה פסידא יש לו תרעומת על הפועל ופרש"י שם ע"ו: ד"ה אין להם שהתרעומת הוא משום שצריך לטרוח לחפש פועלים אחרים, וא"כ ה"נ איכא תרעומת אף דמשכח לאגורה מפני הטורח ומה שאלת הגמ' אמאי אית ליה תרעומת. עיין בש"ך ס' של"ג סק"א שעמד בזה ונשאר בצ"ע. אך הקצות שם סק"א מביא שהשיטה כאן עמד בזה וכתב שרק כשהחזר בלי טעם איכא תרעומת מחמת טירחא, משא"כ כאן שיש סיבה לחזרתו ליכא תרעומת מחמת טירחא אלא רק מחמת שינוי דעת או אשלא יתירא.

משום רפסתא דספינתא א"ה טענתא מעלייתא הוא. דהיינו דחשיב מזיק ממש וחייב לשלם נזק הספינה כמבואר ברא"ש. הרמב"ם בפ"ה משכירות ה"ד כתב שאם שכר ספינה ופרקה בחצי הדרך אם בעל הספינה מוצא אחר שישכור עד המקום שפסק עם הראשון אין הראשון משלם אלא מה שהלך ובעל הספינה יש לו עליו תרעומת. והקשה הראב"ד שהרמב"ם השמיט מה שמבואר בגמ' שבה"ג איכא רפסתא דספינתא וחייב לשלם נזקו. וכתב הגאון בס' שיי"א סק"ו שהרמב"ם ס"ל שאין הכרח שיש נזק של רפסתא דספינה ושאלת הגמ' היתה שאם זה סיבת התרעומת זה גם סיבה לחיוב תשלומין, אבל למסקנא שיש טעם אחר לתרעומת אין הכרח שיש נזק לספינה ולכן לא הזכיר הרמב"ם שמשלם רפסתא דספינה. וזה דלא כתוס' שכתבו דכיון דמסיק טעמא דרפסתא דספינה תו לא מצי למימר הכי שהמציאות היא שיש נזק זה וחייב לשלם. ולרמב"ם יקשה קושית התוס' אמאי הוצרכה הגמ' לתרץ דפרקיה לטועניה בגויה הרי יכלו לישאר עם הפשט הראשון רק לומר שאין התרעומת מחמת רפסתא דספינה אלא מחמת שינוי הדעת או אשלא יתירא.

דפרקיה לטועניה בגויה. רש"י מפרש שאין כאן אדם אחר כלל אלא הראשון הוסיף על משאו באמצע הדרך. ר"ח מפרש שמכר הסחורה לאחר וליכא רפסתא דספינה כיון שהסחורה נשאר במקומו אלא שנשתנו בעליו. וריב"ם מפרש שהראשון לקח סחורתו ובא אחר במקומו אלא שפירק מעט מעט באופן שאינו מזיק לספינה. והתרעומת של אשלא יתירא לריב"ם הוא מפני שפעמים שהשני מרבה במשא יותר מן הראשון. לעיל ע"ז. מבואר דמאן דאגר אגורי ושלם עבדתא בפלגא דיומא אם מוצא הפועל מלאכה אחרת קלה מן העבודה הראשונה או שווה לה אין בעה"ב חייב לשלם שכרו, אבל אם יש רק עבודה קשה מן העבודה הראשונה אינו יכול לחייב את הפועל לקבל עבודה זו ומשלם לו כפועל בטל. הרמ"א בס' של"ג סע' ב' מביא שיי"א שמה שאינו חייב לקבל עבודה קשה יותר הוא רק בשכר הראשון אבל אם השני מוסיף בשכרו לפי תוספת הטירחא חייב לקבל כיון שהדרך לטרוח טירחא כזו עבוד שכר כזה, ומסיים הרמ"א ויש חולקים. וכתב שם הגאון בסק"ח שהמחלוקת בזה תלוי בפשטים בגמ' כאן. שלפירוש הריב"ם מבואר כאן שאפי' שהשני מוסיף על משאו יותר מן הראשון אין הראשון חייב לבעל

הספינה כיון שמוצא להשכיר לאחר והשני מוסיף שכר על תוספת המשא. אבל לרש"י אין כאן אחר כלל אלא הראשון מוסיף על משאו, וכן לר"ח אין השני מוסיף על משאו של ראשון. ולדידהו י"ל שאינו חייב לטרוח יותר אפי' בשביל תוספת שכר.

לרכוב עליה איש לא תרכב עליה אשה. אם שינה ושכר בשביל איש ורכב עליה אשה כתב הרשב"א שאינו חייב לשלם דאין זה שינוי גמור אלא שלכתחילה אין לעשות כן. והרמ"א בס' ש"ח סע' א' מביא שיש חולקים דס"ל שאם שינה חייב. והש"ך שם סק"א מחלק בזה בין איש ששכר סתם שלכתחילה לא תרכב אשה ואם שינה פטור לבין היכא שפירש המשכיר שמשכיר כדי שירכב עליו איש שבזה אם שינה וניזוקה הבהמה חייב. בעיקר הדין דלרכוב עליה איש לא תרכב אשה כתב הסמ"ע בס' ש"ח סק"א שהטעם הוא מפני שסתם אשה כבידה מאיש. ולכאורה אינו מובן שהתוס' כתבו בד"ה אשה שבאשה הוצרכו לחדש דסתם אשה היינו בין גדולה בין קטנה ולא באיש מפני שסתם איש שכיח שהם גדולים ופשיטא דאדעתא דגדול נמי אגריה ניהליה משא"כ באשה סתמן אינם גדולים. ומשמע דסתם איש גדול יותר מסתם אשה וא"כ אמאי בשכר בשביל איש לא תרכב עליה אשה.

אשה בין גדולה בין קטנה. עיין בטור בס' ש"ח בשם הרמ"ה שיש ג' אופנים בזה א. אם איש ששכר בשביל שתרכב אשה ולא פירש אשה מסוימת יכולה כל אשה לרכוב בין גדולה בין קטנה. ב. איש שכר בשביל אשה מסוימת אינו יכול לשנות לאשה אחרת אפי' אין השניה כבדה מן הראשונה. ג. אשה ששכרה לעצמה והמשכיר נתן סתם יכולה לתת לאחרת לרכוב ובלבד שלא תהא כבידה ממנה.

דמחזקא גונדרי תרוייהו משלמין. נחלקו רש"י ותוס' בטעם הדבר. שיטת רש"י שהדבר מוטל בספק ומספק כ"א משלם מחצה. והקשו התוס' דלא קי"ל כסומכוס דס"ל ממון המוטל בספק חולקין אלא כרבנן דסברי הממע"ה וא"כ במקום ספק יהיה הדין ששניהם פטורים. לכן כתבו שאינו ספק אלא שניהם פשעו ושניהם חייבים לשלם מדין ודאי. ואף דרוב הראשונים ס"ל כתוס' דלא קי"ל כסומכוס מ"מ דעת הרשב"ם בב"ב קס"ו: ד"ה תיקו דקי"ל כסומכוס. וא"כ אולי יש מקום לומר שגם רש"י ס"ל כן ולכן ס"ל הכא דאף דהוי ספק כ"א משלם מחצה. וכן נראה לכאורה מדברי רש"י בב"ק ט. לגבי אחים שחלקו ובא בע"ח ונטל מאחד מהם, דסבר רב אסי דנוטל רביע בקרקע ורביע במעות. ומבואר שם דטעמו דמספקא ליה אם אחים שחלקו כדורשים או כלקוחות. ומבאר רש"י דכיון דמספקא ליה חולקים ביניהם דכל ממון המוטל בספק חולקים. ואף שהתוס' שם כתבו דלא שייך לומר בזה הממע"ה [ונכמה דרכים נאמרו באחרונים בביאור דבריהם כמו שכתבנו שם בס"ד] ברש"י לא משמע דס"ל כן אלא ס"ל דקי"ל שבכל ממון המוטל בספק חולקין. וכן נראה לכאורה מדברי רש"י בכתובות צ"ח: דאיתא התם שהשולח שליח לקנות בשבילו והוסיף המוכר אחת יתירא אם זה דבר שיש לו קצבה סובר ר' יוסי שחולקים השליח והמשלח בתוספת. ומבאר רש"י דתוספת זו אינה חלק מן המקח אלא מתנה שנותן המוכר, וספק אם נותן למשלח או לשליח, ומספק הם חולקים ביניהם. הט"ז בס' קפ"ג סע' ו' מקשה על רש"י אמאי חולקים מספק נימא הממע"ה וישאר ביד השליח שהוא המוחזק. והנתיבות שם סק"ט כתב דמה"ט התוס' שם פירשו באופן אחר ולא כפרש"י. ואי נימא דרש"י אזיל בשיטת הרשב"ם דקי"ל כסומכוס ניהא.

נמצא דמדברי רש"י בג' מקומות משמע לכאורה דס"ל כשיטת הרשב"ם דקי"ל כסומכוס שבספק ממון חולקים. אמנם לכאורה א"א לפרש כן דעיין בקוה"ס כלל א' אות א' שמביא שהסמ"ג כתב וז"ל ושוין ר"ת ורבי משה ורש"י שכמו בתיקו דאיסורא לחומרא מכל וכל כך תיקו דממונא לקולא מכל וכל ולא כדברי רה"ג שפירש יחלוקו שאין הלכה כסומכוס עכ"ל. הרי שכתב הסמ"ג שגם רש"י ס"ל דלא קי"ל כסומכוס. ועוד שגם הרשב"ם שכתב דקי"ל כסומכוס מבאר שם שזה רק בספק במציאות אבל בספיא דדינא גם סומכוס מודה שא"א לחלוק מספק שכל מקום שאין הדיינים יודעים לפסוק הדין יהיו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו. והכא אף שיסוד הספק הוא במציאות מ"מ כיון שזה ספק קבוע שהסתפקו בו חכמי הגמ' יתכן דחשיב כספק בדין לענין זה כמו שכתב הקוה"ס שם אות ב' לענין ספק של תפוס לשון ראשון, דאף שיסודו ספק במציאות יש לו דין כספיא דדינא כיון שהספק הוא בהכרעת הדיין, ולא כמל"מ שהובא שם דס"ל דהוי ספק במציאות. א"כ הדרא קושיא לדוכתא אמאי חולקים כאן לרש"י ולא אמרינן הממע"ה ככל ספק ממון.

הקצה"ח בס' שפ"ג סק"א מבאר דברי רש"י ע"פ התוס' בב"ב ס"ב: ד"ה איתמר שכתבו דאע"ג דקי"ל כרבנן דסומכוס יש מקומות שהיה נראה לחכמים לומר יחלוקו במקום הממע"ה. וכן כאן בספק מי הוא המחזיק היה נראה לחכמים לחייב את שניהם. ובזה מבאר הקצות את דברי הרמב"ם בפ"ו מחובל הי"ד שכתב ה' שהניחו ה' חבילות על בהמה ולא מתה ובא האחרון והניח חבילתו עליה ומתה, אם היתה מהלכת באותן חבילות ומשהוסיף זה חבילתו עמדה ולא הלכה האחרון חייב, ואם מתחילה לא היתה מהלכת האחרון פטור. ואם אין ידוע כולם משלמים בשוה. וזהו פירושו של הרמב"ם בגמ' בב"ק י: במרבה בחבילה. ותמה הקצות אמאי כשאין ידוע מחייבים את כולם מספק ולא אמרינן הממע"ה ונפטור את כולם שכ"א יאמר שחברו הוא המחזיק. וכתב הקצות שמקורו של הרמב"ם מהכא דס"ל כפרש"י שספק מי המחזיק ומספק מחלקים את התשלום ביניהם. והטעם כמו שכתבו התוס' הנ"ל בב"ב שיש מקומות שהיה נראה לחכמים לומר יחלוקו מספק. והרמב"ם למד מכאן לכל מקום שיש ודאי מזיק וספק מי הוא שכ"א משלם מחצה. גם הרש"ש כאן מבאר דברי רש"י ע"פ תוס' זה בב"ב.

רע"א כתב על שאלת התוס' על רש"י למה מחייבים מספק דמבואר בחו"מ ס' ע"ז סע' א' דשנים שלוו כאחד או שלקחו מקח אחד או שקבלו פקדון ביחד שניהם ערבים זה לזה. א"כ על כ"א מהם באים ממ"ג אם הוא הפושע הרי הוא חייב ואם חברו הפושע הרי הוא ערב על חיובו של חברו. וכיון שא"א לגבות מחברו מספק גובים מן הערב, ולכן מחייבים כ"א חצי. אך רע"א דוחה תי' זה מכח הגמ' בבכורות מ"ח דשני יוסף בן שמעון הדרים בעיר אחד א"א להוציא שטר עליהם דכ"א יאמר שחברו הוא הלוח, ואפי' אם קנה אחד מהם קרקע מחברו שאז לכאורה ממ"נ אפשר לגבות או מפני שהוא הלוח או שהוא לוקח מן הלוח מכח שיעבוד נכסים, מ"מ לא גובים שהגביה משיעבוד נכסים הוא מדין ערבות ואם א"א לתבוע את הלוח עצמו א"א לגבות מנכסיו. וכן כאן אם א"א לחייב את המחזיקים מכח ספק א"א לגבות מדין ערב דאין נפרעין מן הערב אלא כשיש פסק של חיוב על הלוח.

שפחה זו שוטה היא. מוכח כאן דשייך שיתבטל מקח של עבד מחמת מקח טעות. והקשו התוס' מכאן על שיטת רש"י בכתובות על הא דסמפון בעבדים ליכא שאין מציאות שיתבטל מקח של עבד מחמת מק"ט. ועוד הקשו התוס' על רש"י מב"ב צ"ב: דתניא בהדיא נמצא לסטין מזוין או מוכתב למלכות אומר לו הרי שלך לפניך ומבואר דהוי מק"ט. דהיינו שפרשו התוס' שאומר לו הש"ל היינו שהקונה אומר כן למוכר וא"כ מבואר דהוי מק"ט. וצ"ב מניין שזה כונת הגמ' אולי הכונה שהמוכר אומר כן לקונה ואינו מק"ט וכדלעיל השוכר חמור והבריקה אומר לו הש"ל, והיינו שהמשכיר אומר כן לקונה ואינו מק"ט. אך הביאור בתוס' הוא פשוט דאיתא התם בברייטא נמצא גנב או קוביוסטוס הגיעו, לסטין מזוין או מוכתב למלכות אומר לו הש"ל. ומדקתני ברישא הגיעו מוכח שמה שכתוב בסיפא הש"ל היינו שהקונה אומר כן והוי מק"ט דאל"כ הל"ל הגיעו כמו ברישא. אמנם אין זה מוסכם שהרמב"ם והראב"ד בפט"ו ממכירה הי"ג נחלקו במחלוקת רש"י ותוס'. הרמב"ם ס"ל שאם נמצא העבד לסטים מזוין זה מק"ט והראב"ד חולק. וכתב הראב"ד דמה שאמרו בברייטא שהובא בב"ב צ"ב: לסטים מזוין או מוכתב למלכות אומר לו הש"ל לא שיאמר לוקח למוכר אלא המוכר אומר כן ללוקח ואינו מק"ט. ונקטו לשון הש"ל מפני שהטעם שאינו מק"ט הוא מפני שקלא אית להו ותולים שידע הקונה מזה, ולכן אומר לו המוכר הרי שלך לפניך שידעת מזה ואין כאן טעות. וא"כ שפיר איכא למימר שגם רש"י יפרש כן ולא קשיא ליה קושית התוס' משם.

היה בה מום אחד וסנפו בין המומין. ביאור דברי ר"י ודברי הברייטא תלוי בספק של הגמ' אי רישא איירי כשהיו בה כל המומין או לא. שלמסקנת הגמ' דרישא איירי שבדק את כל המומין חוץ מאחד ומצא שאינם בה יכול לטעון שאחרי שראה שכולם אינם בה חשב שגם האחרון אינו בה ולא בדקו ולכן זה מק"ט. אבל אם לא בדק כלום וכולם נמצאו בה אחר המקח אינו מק"ט כיון שהמוכר אמר שיש בה כל מומין אלו. וביאור דברי הברייטא לפי הצד של הגמ' שהרישא איירי גם כשלא בדק כלום ונמצאו בה כל המומין ואעפ"כ הוי מק"ט הוא מחלוקת רש"י ותוס'. ובין לרש"י בין לתוס' טענת הלוקח הוא שלא היה נראה לו שיש בהמה עם כל כך הרבה מומין ובדאי המוכר אמר דרך גזמא. אלא שהתוס' ס"ל שיכול הקונה לומר שחשב שאין בבהמה שום מום, דכיון שלא מסתבר שיש את כל המומין שאמר המוכר ממילא טוען הקונה שחשב כמו שחלק מן המומין שהזכיר אינם בה כך כולם אינם בה. ולתוס' אפי' אם כל המומין היו בה והוא מקפיד על כולם הוי מק"ט אף שהמוכר אמר לו שכולם נמצאים כיון שיכול הקונה לטעון שחשב שאין בה שום מום, דע"כ כולם אין בה ומדחלק אין בה גם השאר אין בה. ולרש"י ליכא טענה שחשב שאין בה שום מום דלית ליה לרש"י מה שכתבו התוס' שיכול לומר שחשב שמדהא ליתא אחריני נמי ליתא. ולכן כתב רש"י שהלוקח אינו מקפיד אלא על מום אחד, וטוען שאף שאמר המוכר שיש בה מומין הוא חשב שבדאי כולם אינם בה, ואף שידע שחלק מן המומין יש בה מ"מ יכול לטעון שחשב שהמום שהוא מקפיד עליו אינו בה. וטענה זו יכול טעון רק אם אינו מקפיד אלא על מום אחד שאם מקפיד על כולם וידע שחלק מהם נמצאים ואעפ"כ לא נמנע מליקח אינו יכול לבטל המקח בטענה שאחד מן המומין חשב שלא יהיה בה, כמבואר בשו"ע ס' רל"ב סע' ח' שאם היו בה מומין הניכרים ומום שאינו ניכר אינו יכול לבטל את המקח מחמת המום שאינו ניכר דאמרינן כיון שמקפיד גם על המומין הניכרים ומחל על הזכות לבטל מחמתם א"כ אינו יכול לבטל גם מכח מום אחר שלא היה ניכר. ולכן הוצרך רש"י לפרש שטוען שאינו מקפיד אלא על המום הזה וחשב שאינו בה, אבל אם מקפיד על הכל והרי ידע שחלק מהם ישנם בה אינו יכול לבטל מכח מום אחד שחשב שאינו בה.

המהרש"א מבאר שההכרח של רש"י לפרש כן הוא דמפורש ברישא של הברייטא שהיה בה מום אחד ואין יש צד לגמ' לפרש שהיו בה כל המומין. לכן פרש"י שגם על הצד שהיו בה כל המומין אינו מקפיד אלא על אחד. ומזה למד רש"י שאין לקונה טענה שחשב שאין בה שום מום כמו שפרשו התוס' אלא רק שחשב שאין את כל המומין וחשב שהמום שהוא מקפיד עליו אינו בה, וכשנמצא בה הוי מק"ט. אך בסברא אינו מובן כיון שלרש"י אינו יכול לטעון שחשב שאין בה שום מום למה יכול לטעון שחשב שדוקא המום שהוא מקפיד עליו אינו בה, מניין לו לחשוב כן. ועיין במהרש"א שכתב שמה"ט לא פרשו התוס' כרש"י והוצרכו לומר שיכול הקונה לטעון שחשב שאין בה שום מום דמדהא ליתא הא נמי ליתא, ולכן הוי מק"ט אפי' שמקפיד על כולם. ומה שכתבו התוס' שלפי הצד שרישא איירי שהיו בה כל המומין מדובר שלא בדק אפי' באחד היינו שלא בדק ומצא שאין בה שאר המומין שיוכל לטעון שכיון שראה שרובם אינם בה כך חשב שהאחרים אינם בה, אלא איירי שלא בדק כלל וכולם נמצאו בה וטוען שחשב שאין בה שום מום דמדהא ליתא אחריני נמי ליתא.

עוד נחלקו רש"י ותוס' בביאור הסיפא מום זה ומום אחר אין זה מק"ט. רש"י מפרש דאיירי דומיא דרישא שלמסקנת הגמ' איירי שבדק שאר המומין ומצא שאינם בה וטוען שחשב שגם מום זה שלא בדק אינו בה. וע"ז אמרו שרק ברישא יכול לטעון כן כיון שפירש את כל המומין בשוה, אבל בסיפא פירט רק מום אחד ואמר שיש גם מומין אחרים אך לא פירטם, ובזה אינו יכול לטעון כיון שלא מצא מומין אחרים לא בדק באותו שפירט דכיון שפירט מום אחד היה לו לבדוק במום זה יותר מהמומין שלא פירט. והתוס' ס"ל דסיפא איירי שלא בדק כלל ונמצאו בה כל המומין כמו שאמר. ומה ששונה הסיפא מהרישא תלוי בספק של הגמ'. שלמסקנא דרישא איירי שבדק שאר המומין ואינם בה, זה גופא החילוק בין הרישא לסיפא, דרישא איירי שבדק ולא מצא שאר מומין וטוען שכיון שמה שבדק לא היה בה חשב שגם השאר אינם בה, משא"כ בסיפא שכולם היו בה אינו מק"ט ואין טענה שחשב שמסתמא אין כ"כ הרבה מומין. ולצד דרישא איירי כשהיו בה כל המומין החילוק בין הרישא לסיפא הוא שברישא שהזכיר הרבה מומין יש ללוקח טענה שחשב שבדאי אין כ"כ הרבה מומין ומדהא ליתא כולהו נמי ליתא. אבל בסיפא שהזכיר רק שני מומין ושניהם נמצאים בה ליכא טענה שחשב שאין כ"כ הרבה מומין שיכול להיות בהמה אחת עם שני מומין. ואין להקשות מזה החידוש בסיפא לפי התוס' שאם הרישא איירי שישנם בה הסיפא מחדש שזה דוקא בהרבה מומין ולא בשני מומין בלבד. ואם הרישא איירי שאינם בה הסיפא איירי אפי' בהרבה מומין וקמ"ל שאין טענה שחשב שאין כ"כ מומין ומדהא ליתא אחריני נמי ליתא.

עוד הביאו התוס' פשט אחר בסיפא בשם התוספתא שבתוספתא מבואר שגם היכא דבדק ומצא שאין בה שאר מומין ומום אחד שהזכיר המוכר לא בדק, דבהכי איירי הרישא למסקנת הגמ', אינו יכול לטעון שחשב כמו שזה אין בו כך זה אין בו אלא כשהזכיר מומין הרבה וכולם בדק חוץ מאחד. אבל אם הזכיר רק שנים ובדק אחד מהם ולא השני אינו יכול לטעון שחשב שגם השני אין בו. וזה על דרך פרש"י דסיפא איירי שבדק שאר המומין ואינם בה ולא כתוס' שפירש הסיפא שכולם בה, אך לא

כרש"י שהחילוק בין הרישא לסיפא הוא אם פירט כל המומין או לא אלא החילוק הוא בין סנפו בין מומין הרבה לסנפו למום אחד בלבד.

נמצא הדרכים בביאור הסיפא מום זה ומום אחר אין זה מק"ט א. לרש"י איירי שבדק ולא מצא שאר מומין והנ"מ בין הרישא לסיפא הוא שברישא פירט כל המומין ובסיפא פירט רק המום שנמצא בה. ב. לתוספתא רישא איירי כרש"י שבדק שאר המומין ולא נמצאו בה וההבדל בין הרישא לסיפא הוא שרק בהרבה מומין יש טענה שכיון שראה שכולם אינם בה לא טרח לבדוק את כולם אבל בשנים ליכא טענה זו. ג. לתוס' לפי מסקנת הגמ' דרישא איירי שאינם בה הסיפא איירי שישנם בה. דהיינו שהסיפא איירי שלא בדק וכולם נמצאו בה וזה גופא ההבדל בין הרישא לסיפא. ד. לפי הצד שגם הרישא איירי שלא בדק והיו בה כל המומין גם הסיפא איירי באותו אופן אלא שברישא שהזכיר מומין הרבה יש טענה שחשב שאין כולם בה ומדחה ליתא כולוהו נמי ליתא משא"כ בסיפא שהזכיר רק שנים ליכא טענה זו. הרבה ממה שכתבתי בענין זה למדתי מדברי הגר"א בס' של"ב סקט"ז יעו"ש היטב.

כמה יוסיף ויהא חייב ג' קבין לחמור. כתב הרמב"ן שמה שמתחייב השוכר הוא רק כשהוסיף על מה שדרך החמור לשאת. אבל אם שכר חמור ליקח עליו חצי לתן והוסיף ג' קבין אינו חייב אף שאסור לעשות כן דמשנה ממה שאמר בעה"ב מ"מ אין זה סיבה לחייב אם ניזוקה דרך חמור לישא משא כזה. וכן אם שכר חמור ללכת חמשה מילין והלך עשרה מילין אף שעשה שלא כדין אינו חייב אם מתה שאין זה פשיעה כיון שדרך חמורים ללכת גם עשרה מילין. הרמב"ם בפ"ד משכירות ה"ו כתב שהשוכר בהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף על משאו אם הוסיף חלק אחד משלשים ממה שפסק ומתה חייב. וכתב המ"מ שמבואר ברמב"ם שחולק על הרמב"ן וס"ל שאפי' אם לא הוסיף על מה שרגיל הבהמה לשאת אלא הוסיף על מה שאמר לו בעה"ב ומתה הבהמה השוכר חייב. אמנם נחלקו האחרונים עד כמה חולק הרמב"ם בזה על הרמב"ן. שבהמשך דברי הרמב"ן מפורש שגם הרמב"ן מודה שאם ידוע שמתה הבהמה מחמת התוספת אף שלא הוסיף על משא הרגיל אלא על מה שאמר בעה"ב הוא חייב, ורק היכא שלא ידוע אם מתה מחמת התוספת פטר הרמב"ן, וכן כתב הנ"י. ומדברי המ"מ שכתב שהרמב"ם חולק על הרמב"ן מוכח דס"ל שהרמב"ם מחייב אפי' אם לא ידוע שמתה מחמת התוספת. ובדברי הקצה"ח בס' ש"ח סק"א מבואר שהבין שלרמב"ם הוא נחשב גזלן ע"י שינוי זה וחייב אפי' אם המיתה היא בודאי לא מחמת התוספת. והתרומת הכרי שם נקט שאם ידוע שלא מתה מחמת השינוי גם הרמב"ם פטר ואינו מחייב אלא כשיש צד שמתה מחמת התוספת.

דהיינו שיש בזה ג' אופנים. א. היכא שידוע שמתה מחמת התוספת לכו"ע חייב אף שלא הוסיף על משא החמור אלא על מה שהתנה בעה"ב. ב. היכא שלא ידוע אם מתה מחמת התוספת או לא לרמב"ן פטר שאין זה נחשב פשיעה שיהיה סיבה לתלות שמתה מחמת השינוי. ולרמב"ם חייב שאפי' לדעת התרה"כ שאינו גזלן כדי שנחייב אפי' במיתה שלא באה מחמת השינוי מ"מ השינוי נחשב פשיעה וזה גורם שנתלה שהמיתה באה מחמת השינוי. ג. היכא שידוע שלא מתה מחמת התוספת לרמב"ן בודאי פטר. ולתה"כ גם לרמב"ם פטר שאין זה גזילה לענין לחייבו באונסין. והקצות ס"ל שלרמב"ם הוא גזלן ממש וחייב אפי' על מיתה שבודאי אינו מחמת השינוי. גם האבן האזל בפ"ד משכירות ה"ו ד"ה ונראה לומר בדעת הרמב"ם שהוא נעשה גזלן ממש וחייב אפי' על אונס שבודאי לא בא מחמת השינוי, וזה כדעת הקצות ולא כתה"כ. הבי"ב בס' ש"ח מביא בשם תלמידי הרשב"א [והובא בח' רע"א כאן] לחלק בענין זה בין היכא שהמשכיר אמר אני משכיר לך למשא של חצי לתך שבזה אם הוסיף וניזוקה הבהמה הוא חייב לבין היכא שהשוכר אמר שרוצה לשכור בשביל משא חצי לתך שבזה אם הוסיף אינו חייב. וחילוק זה הובא לעיל בשם הש"ך לענין השוכר לרכוב עליו איש לא תרכב עליו אשה.

הרמ"א בס' ש"ח סע' ז' כתב בשם התה"ד שהלוקח חמור חברו דקיימא לאגרא שלא מדעת הבעלים על דעת לשלם אינו נחשב גזלן ואינו חייב באונסין. ומביא התה"כ שם שחכמי הדור הקשו על דין זה מה בכך דקיימא לאגרא ס"ס הוא לקח שלא מדעת הבעלים והוי שואל שלא מדעת גזלן. וכתב ע"ז התה"כ שיש מקור לדברי התה"ד מהראשונים בסוגיין. שברמב"ן מבואר שאף שהוסיף על המשא שאמר המשכיר או שהוסיף על הדרך אינו חייב אם מתה. ומוכח דאינו נעשה גזלן אף שלקח השתמשות זו שלא מדעת הבעלים. ומוסיף התה"כ שאפי' הרמב"ם שחולק על הרמב"ן ומחייב היינו דוקא כשיש צד שמתה מחמת התוספת, דכיון ששינה זה נחשב פשיעה ותולים שהמיתה הוא מחמת השינוי, אבל היכא שידוע שהמיתה אינו מחמת השינוי מודה הרמב"ם שאינו חייב ולא נעשה גזלן ע"י שינוי זה. וזה דלא כהקצות והאבה"א דס"ל שלרמב"ם הוא גזלן ממש וחייב אפי' אם ידוע שלא מתה מחמת השינוי.

התה"כ בסוף דבריו מקשה ממה שמבואר בב"ק צ"ז. שהתוקף ספינתו של חברו שלא מדעת הבעלים אם קיימא לאגרא ונחית אדעתא דאגרא רצה נוטל שכרה רצה נוטל פחתה. ואמאי משלם פחתה הרי אין לו דין גזלן לדעת התה"ד כיון דקיימא לאגרא. וכתב התה"כ שאינו משלם על פחת שבא מחמת אונס שאינו גזלן אלא רק על פחת שבא על ידו, דאף שאין הבעלים מקפיד ואין לו דין גזלן מ"מ פטור של מתה מחמת מלאכה אין כאן כיון שלא קיבל את זה מן הבעלים. גם הקצות בס' ש"ח סק"ג כתב שהחייב שם אינו מדין גזלן אלא שאין פטור של מתה מחמת מלאכה כיון שלא קיבל רשות מפורשת מן הבעלים. אך נשאר בצ"ע מלשון רש"י שם שכתב שחייב בפחתה מפני שהוא גזלן ע"ש.

בעיקר הדבר שנקטו הקצות ותה"כ שגם במקום שאין הבעלים מקפידים ואינו נחשב שואל שלא מדעת ואין לו דין גזלן להתחייב באונסין מ"מ אין לו פטור של מתה מחמת מלאכה, דפטור זה הוא רק כשמקבל המומן מן הבעלים ולא כשלוקח בעצמו אפי' אם אין הבעלים מקפידים, לכאורה נראה שנחלקו בזה הראשונים בב"ק י. בתורה כגון שנחלקו שם הרשב"ם ור' עזריאל במי שישב על ספסל של חברו שאין הבעלים מקפידים עליו ואין לו דין גזלן אם נשבר הספסל מחמת ישיבתו אם יש בזה פטור של מתה מחמת מלאכה או לא. שהרשב"ם כתב בהדיא שפטור משום מתה מחמת מלאכה אף שלא הושאל לו הספסל בהדיא אלא שאין הבעלים מקפידים. ולכאורה זה דלא כדברי הקצות והתה"כ שכתבו שאין פטור של מתה מחמת מלאכה ככה"ג. אך נראה שמה שר' עזריאל חולק הוא מה"ט דס"ל שאף שאין הבעלים מקפידים מ"מ כל שלא הושאל לו בהדיא מהבעלים אין בו פטור של מתה מחמת מלאכה, וזה כדברי הקצות ותה"כ. וע' לקמן צ"ו: שכתבנו דענין זה תלוי בטעם הפטור של מ"מ.

נפחא כי תקלא. הרמב"ן תמה על סברת אב"י דגלוי וידוע לכל שחמור מוליך כפלי כפלים תבן שהוא קל מתבואה שהוא כבד. וכתב בשם הראב"ד שהגודש של שעורין הוא יותר משל חטיף א"כ לתך שעורין הוא יותר מנפח של לתך חטיף. וכתב ע"ז הרמב"ן שהראב"ד תיקן בזה מעט השאלה מחטיף ושעורין ולא תיקן לענין השאלה מתבואה ותבן. וכתב הרמב"ן שאב"י בזה לשיטתו דס"ל לגבי פשע בה ויצאה לאגם דכל שמשנה השומר תולים שהנזק בה מחמת השינוי וכן כאן תולים בתוספת נפח, ולית הלכתא כוותיה. דהיינו שלרמב"ן מחלוקת אב"י ורבא כאן הוא לטעמייהו בפלוגתתם לענין פשע בה ויצאה לאגם.

רבא אמר לאגרא יתירא. משמע שרק אם הוסיף קב על שיעור משאו של אדם או על מה שהתנו צריך להוסיף שכר אבל אם הוסיף פחות מקב אינו מוסיף אגרא. והטעם דא"א לצמצם ופחות מזה אינו נחשב תוספת ואינו מחייב תוספת שכר. ומדברי אב"י ורבא אשי שלא תרצו כרבא לכאורה אין ראיה שחולקים על רבא בזה, ומה שלא תרצו כרבא הוא משום דס"ל דאייירי לענין חיוב תשלומי נזק כמו באדריב לעריבה וכור לספינה. וא"כ לכאורה צריך להיות הלכה בזה כרבא שבפחות מתוספת קב אינו מוסיף שכר ובתוספת קב מוסיף שכר. וכן מבואר בשיטמ"ק בד"ה כתב רבינו שמביא שהרי"ף ור"ח כתבו דק"ל כרבא אשי שיש חיוב מזיק על הנזק שנגרם ע"י תוספת המשא. וכתב השיטה דאין כונתם לומר דלא ק"ל כרבא ואב"י דר"א אינו חולק על רבא ואב"י, אלא רבא ואב"י חולקים על ר"א, ובזה ק"ל כר"א שלא רק אם חבטו לאלתר חייב אלא גם אם נזוק אח"כ. ומבואר דנקט השיטה שאין חולק על דברי רבא שאם הוסיף קב לכתף ולא היה נזק חייב לשלם אגרא יתירא, ואם הוסיף פחות מקב אינו משלם אגרא יתירא. אך מדברי הרמב"ם והרא"ש מבואר דלא ס"ל כן כמו שיבאר בסמוך.

הרמב"ם בפ"ד משכירות ה"ו כתב וז"ל השוכר את הבהמה לשאת עליה משקל ידוע והוסיף על משאו אם הוסיף חלק מל' על השיעור שפסק עמו ומתה חייב, פחות מכאן פטור אבל נותן הוא שכר התוספת עכ"ל. מבואר דס"ל שגם אם הוסיף פחות מאחד מל' צריך להוסיף שכר. וזה לכאורה נסתר מדברי רבא שאמר שהשיעור של קב לכתף נאמר לענין תוספת שכר. ועיין בגאון בס' ש"ח סק"ה שכתב על דברי השו"ע שהם כדברי הרמב"ם הנ"ל דלית הלכתא כרבא. דהיינו שהרמב"ם חולק על השיטה הנ"ל וס"ל שאב"י ור"א לא תרצו כרבא משום דפליגי עליה וס"ל שגם כשמוסיף פחות משיעור זה חייב להוסיף שכר, וק"ל כר"א ולא כרבא. וכן מבואר בשיטמ"ק בסד"ה ולענין הלכה שכתב בהדיא שרק רבא ס"ל שבפחות משיעור זה אינו מוסיף אגרא, ואב"י ור"א חולקים וס"ל שבכל תוספת איכא אגרא יתירא וכן הלכה.

הרא"ש כאן כתב דהלכתא כר"א ולאפוקי מרבא דלא בעי למיתב ליה אגרא יתירא וכ"ש דאין הלכה כאב"י. מבואר לכאורה בלשון הרא"ש דרק רבא ס"ל שאם הוסיף קב לכתף צריך להוסיף אגרא יתירא, ור"א חולק בזה על רבא וס"ל שאפ"י בתוספת קב אינו מוסיף אגרא, וק"ל כר"א. וזה הפך מדברי הרמב"ם שכתב שלדידן גם בפחות מקב איכא אגרא יתירא, והרא"ש ס"ל שלדידן גם בקב ליכא אגרא יתירא. ויש לעיין בזה בדברי הגאון הנ"ל שכתב על דברי הרמב"ם וז"ל דלית הלכתא כרבא שם ב' דאמר לא צריכא כו' הרא"ש שם עכ"ל. הרי שציין הגאון לדברי הרא"ש על דברי הרמב"ם ולכאורה הרא"ש הוא איפכא מדברי הרמב"ם. וצ"ל שהגאון רק מציין שהרא"ש כתב דלא ק"ל בזה כרבא ולא כשיטה הנ"ל שר"א אינו חולק על רבא כלל. אך נחלקו הרא"ש והרמב"ם במה חולק ר"א על רבא שלרמב"ם ר"א ס"ל שגם בפחות איכא אגרא יתירא, והרא"ש ס"ל שלר"א גם בקב ליכא אגרא יתירא.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לשיטמ"ק ר"א אינו חולק על רבא כלל. וא"כ הלכה כרבא שבפחות מקב אינו מוסיף אגרא, ובקב מוסיף אגרא. ב. לרמב"ם ר"א חולק וס"ל שגם בפחות איכא אגרא יתירא. ג. לרא"ש ר"א ס"ל שגם בקב אינו מוסיף אגרא יתירא. ושור' שהב"ח בס' ש"ח נדחק לפרש דברי הרא"ש שלא יסתרו את דברי הרמב"ם, וכתב דמה שכתב הרא"ש דהלכתא כר"א דלא בעי למיתב אגרא יתירא, אין הכוונה שמה שאמר רבא שבקב יש אגרא יתירא אין הלכה כמותו ואפ"י בקב ליכא אגרא יתירא, אלא איפכא דלרבא בפחות מקב ליכא אגרא יתירא והלכה כר"א שגם בפחות מקב איכא אגרא יתירא ולאפוקי מרבא דלא בעי למיתב אגרא יתירא היינו שלרבא בפחות מקב אין אגרא יתירא ובזה אין הלכה כמותו אלא כר"א שגם בפחות איכא אגרא יתירא. ולפ"ז יהיו דברי הגאון פשוטים שהרמב"ם והרא"ש שוים, אך זה דוחק גדול בלשון הרא"ש.

סבור חולשא הוא דנקיט ליה. הרמב"ן תמה על דברי ר"א אמאי חייב בזה הרי הוא לא הזיקו בידים ואין הנזק בא מכחו וכי הוא שומר על גופו של חברו. וכתב בזה הריטב"א כיון שהוא סומך על בעה"ב שאמר לו שלא ינזק הרי זה דומה למראה דינר לשולחני שחייב מדין גרמי כיון שסמך על השולחני ונגרם לו נזק על ידו. ומבואר בריטב"א שגם כאן חיובו מדין גרמי. ועיין בקצה"ח ס' ש"ח סק"ב שמבאר עפ"י את דברי הטור שכתב בשם הרמ"ה שמה שמחייב ר"א הוא רק נזק ולא שאר ד' דברים. ואינו מובן אם דינו כחובל בחברו אמאי לא יתחייב בכל הד' דברים. וכתב הקצות שהרמ"ה אזיל בשיטת הריטב"א שהחיוב כאן הוא מדין גרמי, וסובר הרמ"ה שהחובל בחברו באופן שאינו מזיק גמור ואין חיובו אלא מדין גרמי אינו חייב אלא נזק ולא בשאר ד' דברים. ולעיל ע"ז: כתבנו בס"ד שברמב"ן בקונטרס דינא דגרמי מבואר שחולק בזה על הרמ"ה וס"ל שגם במזיק של גרמי איכא חיוב ד' דברים. שהרמב"ן שם מקשה על הדין של הדקיה באינדרונא שחייב מדין שבת אמאי חייב לרבנן דר"מ דלא דייני דינא דגרמי הרי אינו מזיק בידים ואינו אלא גרמי. ותירץ דאין זה גרמי אלא מזיק גמור ע"ש. מבואר שגם למאי דסבר בקושיתו שאינו אלא גרמי מ"מ לא קשיא ליה אלא לרבנן דר"מ אבל לר"מ שגרמי חייב נחא. הרי מפורש ברמב"ן שגם במזיק ע"י גרמי איכא חיוב שבת וכן שאר ד' דברים ודלא כרמ"ה. ועיין לעיל שכתבנו ביאור מחלוקת הראשונים בזה והובא שם עוד כמה מחלוקות בראשונים שתולים בזה יעו"ש.

כל האומנין ש"ש הן. כתבו הראשונים שאפ"י למ"ד שאומן קונה בשבח כלי והיה מקום לומר שנחשב שלו ואפ"י אם נאבד באונס יהיה ההפסד של האומן, אין הדין כן שגם למ"ד שאומן קונה בשבח כלי אין השבח שלו ממש ואינו אלא כמשכון על שכרו ואינו אלא שומר שכר. כ"כ הריטב"א והרמב"ן במלחמות בס"פ שבועת הדיינים והובא בקצה"ח ס' ש"ז סק"ד. ובעיקר דינא דכל האומנין ש"ש נאמרו ב' דרכים בגמ'. בתחילה סברה הגמ' שאפ"י למ"ד דשוכר הוי ש"ח, דס"ל שמה שהממון נמצא אצלו להנאתו אינו סיבה שיהיה ש"ש אא"כ יש לו שכר על השמירה, מ"מ אומן הוא ש"ש בההיא הנאה דתפיס ליה באגריה. ומסקנת הגמ' דתנא דידן ס"ל דשוכר הוי ש"ש דס"ל שגם אם אינו מקבל שכר על השמירה אם הממון נמצא אצלו

להנאתו הוא ש"ש, ולכן גם אומן הוא ש"ש אף שאינו מקבל שכר שמירה כיון שנמצא אצלו להנאתו. ולמסקנא לכאורה לא צריך להגיע לטעם של תפיס ליה אאגריה.

הב"ח בס' ש"ו כתב שמה שאומן הוא ש"ש הוא דוקא באומן שעושה בביתו אבל העושה בבית בעה"ב לא רק שאינו ש"ש דאינו תופס הכלי אאגריה אלא אפי' ש"ח אינו כיון שלא נסתלקו הבעלים משמירת החפץ כיון שאין רשות לאומן להוציאו מרשות הבעלים. ומביא הב"ח ע"ז את לשון רש"י במשנה שכתב שאומנים היינו קבלנים המקבלים עליהם לעשות המלאכה בבתיהם, ומשמע שאם עושה בבית בעה"ב אינו ש"ש. המל"מ בפ"י משכירות ה"ג חולק על הב"ח וכתב שמה שרש"י כתב כן הוא מפני שיש צד בגמ' שאומן הוא ש"ש משום דתפיס ליה אאגריה, וזה שייך רק כשעושה בביתו. אבל למאי דקי"ל שגם שוכר הוא ש"ש מבואר בגמ' שלא צריך להגיע לסברא של תפיס ליה אאגריה, אלא אומן הוא ש"ש כמו ששוכר הוא ש"ש מפני שנמצא אצלו להנאתו. וגם הש"ך בס' ש"ו סק"א חולק בזה על הב"ח. וגם על מה שכתב הסמ"ע בסק"א שרק קבלן הוא כש"ש ולא שכיר יום חולקים המל"מ והש"ך. ומה שרש"י כתב קבלן היינו רק לטעם של תפיס ליה אאגריה שבזה בעינן שיעשה בביתו ואורחא דמלתא הוא ששכיר יום עושה בבית בעה"ב. אבל להלכה שלא צריך להגיע לסברא של תפיס אאגריה, ולא בעינן שיעשה דוקא בביתו אין הכדל בין שכיר יום לקבלן לענין זה. [עיי' בנתיבות בסק"ו שהעיר איך אפשר לחייב כשעושה בבית הבעלים הא קי"ל דשומר אינו מתחייב אא"כ משך ומשיכה אינו קונה ברשות המקנה. וכתב שתחילת מלאכה הוא קנין לענין זה ורק כשלא התחיל במלאכה בעינן משיכה].

המחנ"א בהל' שומרים ס' מ"א כתב שלכאורה יש ב' נ"מ בין אם מה שאומן הוא ש"ש הוא מטעם דתפיס ליה אאגריה או כמסקנת הגמ' משום דהוי כשוכר. א. היכא שעושה בבית בעה"ב שאינו תופס אאגריה. ב. כשהקדים בעה"ב שכרו שאינו תופס אאגריה שכבר קיבל כל שכרו. בתחילה דוחה המחנ"א את הנ"מ הראשונה וכתב שאפי' למאי דקי"ל ששוכר הוא כש"ש וא"כ לא צריך להגיע באומן לטעם שתפיס ליה אאגריה מ"מ י"ל דמה שאומן הוא שומר שכר מפני שנמצא אצלו להנאתו הוא דוקא כשנמצא ברשותו להנאתו אבל אם אינו ברשותו כלל מה שנהנה ממלאכתו אינו סיבה שיהיה שומר שכר. ומוסיף המחנ"א דיתכן שאפי' ש"ח אינו כיון שלא סלקו הבעלים עצמם משמירת החפץ וכמש"כ הב"ח. ומביא ע"ז מלשון רש"י במשנה וכתב שדוחק לומר דרש"י קאי רק לה"א ולא למאי דקי"ל ששוכר כש"ש. ובהמשך דבריו חוזר המחנ"א גם מהנ"מ השניה. שמביא המחנ"א שהראב"ן והמרדכי כתבו להלכה שמה שאומן הוא ש"ש הוא משום דתפיס ליה אאגריה. ומבאר המחנ"א דס"ל שאומן גרע משוכר, ששוכר משתמש בגוף החפץ משא"כ אומן אינו משתמש בגוף החפץ. ומה שאומן הוא כש"ש גם למאי דקי"ל ששוכר כש"ש הוא רק בצירוף מה דתפיס ליה אאגריה. ומה שאמר לימא מתני' דלא כר"מ היינו שאם אומן שאינו משתמש בגוף הדבר הוא ש"ש כ"ש ששוכר הוא ש"ש וא"כ מתני' דלא כר"מ. והגמ' דוחה שגם באומן יש מה שאין בשוכר דתפיס ליה אאגריה. ולאייב"א אף דאומן תפיס אאגריה אינו עדיף משוכר ומה שאומן הוא כש"ש הוא רק למ"ד ששוכר הוא כש"ש, אך שוכר הוא כש"ש מפני שמשתמש בגוף הדבר משא"כ אומן שאינו משתמש בגוף הדבר אינו ש"ש אלא בצירוף עם זה שהוא תפיס אאגריה. א"כ גם למאי דקי"ל ששוכר הוא כש"ש צריך להגיע באומן לזה שהוא תפיס אאגריה שאל"כ לא היה ש"ש כיון שאין לו שימוש בגוף הדבר אלא הנאה צדדית. ומיושב מה שהקשו המל"מ והש"ך על הב"ח שבאומן הוא ש"ש רק כשתופס אאגריה ואם בעה"ב הקדים מעותיו אינו אלא ש"ח. ואם מלאכתו בבית בעה"ב אפי' ש"ח אינו כיון שבעה"ב לא נסתלק משמירתו.

מדברי התוס' בסמוך בד"ה הא גמרתיו מוכח לכאורה דלא ס"ל כראב"ן והמרדכי. שהגמ' מוכיחה מהא דגמרתיו חייב ונשאר ש"ש שגם שואל שכלתה זמנו נשאר שואל עד שמחזיר לבעלים. והקשו התוס' מה הראיה הרי בגמרתיו עדיין הוא תפיס ליה אאגריה וזה סיבה שיהיה ש"ש משא"כ שואל שכלתה זמנו. וכתבו שלטעם דלעיל דמדמינן אומן לשוכר ואין חיוב של אומן מפני שתפיס אאגריה אלא מפני שנמצא אצלו להנאתו ודמי לשוכר ניהא ראית הגמ'. הרי מפורש בדבריהם שלצד דתנא דמתני' ס"ל ששוכר כש"ש אין הטעם שאומן הוא ש"ש מפני שתפיס ליה אאגריה כלל ושפיר למדו מזה לשואל. וכן כתב הרמב"ם על שאלת התוס' שם שהגמ' שם קאי לת' דמתני' כמ"ד שוכר כש"ש, ולדידיה אין חיובו של אומן מפני שתופס על שכרו אלא רק מפני שנמצא אצלו להנאתו דומיא דשוכר.

נמצא מחלוקת הפוסקים להלכה אמאי אומן הוא ש"ש. למל"מ ולש"ך למאי דקי"ל ששוכר כש"ש אומן הוא ש"ש מפני שנמצא אצלו להנאתו ולא צריך להגיע לתפיס ליה אאגריה. לב"ח ולמחנ"א גם למאי דקי"ל ששוכר כש"ש אומן גרע משוכר ואינו ש"ש אלא מפני שתפיס ליה אאגריה. ונ"מ היכא שהקדים בעה"ב שכרו ואינו תופס על שכרו. ותלוי במחלוקת הראשונים שהראב"ן והמרדכי ס"ל כמחנ"א והב"ח והתוס' והרמב"ם ס"ל כמל"מ והש"ך. ועוד נחלקו היכא שעושה מלאכתו בבית בעה"ב שלמחנ"א ולב"ח אפי' שומר חנם אינו כיון שאין בעה"ב מסלק שמירתו, ולמל"מ ולש"ך גם בזה הוא ש"ש אף שהוא בבית בעה"ב ואף שאין האומן תפיס ליה אאגריה.

רע"א בס' ש"ו סע' א' וכן הפת"ת שם בסוף סק"א כתבו בשם התשב"ץ שהשואל שאל אם הנותן כלי לאומן כדי שיעשה כלי אחר כזה אי הוי ש"ש על הכלי שניתן לו לדוגמא ואינו עושה המלאכה בכלי זה. והשיב התשב"ץ דכיון שהטעם שהוא ש"ש הוא מפני שנמצא אצלו לתועלת שלו אין נ"מ בין הכלי שעושה בו מלאכתו לכלי שניתן לדוגמא. ולכאורה ענין זה תלוי במחלוקת הנ"ל, שאם מה שניתן לו להנאתו הוא המחייב א"כ הדין עם התשב"ץ, אבל אם כדברי הב"ח והמחנ"א שצריך צירוף של תפיס ליה אאגריה לכאורה רק הכלי שעושה בו את המלאכה הוא משכון על דמי מלאכתו, אבל הכלי שניתן לו לדוגמא למה יהיה משכון על שכרו ולכאורה אינו יכול לעכב כלי זה על שכרו וא"כ לדבריהם אינו ש"ש על כלי זה.

הש"ך בס' ע"ב סק"י מוכיח מדברי הרשב"א שמלוה על המשכון שהוא ש"ש מכח פרוטה דרב יוסף הוא שומר שכר כל זמן שהמשכון בידו אף אחר שנפרע החוב. ומביא שמהרשד"ם מקשה ע"ז מאומן שאמר טול והבא מעות דהוי ש"ח כמבואר במתני' מפני שאינו תופס אאגריה, וא"כ גם מלוה על המשכון יהיה כך דינו שאחרי שנפרע ואינו מעכב על שכרו לא יהיה ש"ש. וכתב הש"ך דלק"מ שרק אומן שהוא ש"ש משום דתפיס ליה אאגריה בזה כשאומר טול והבא ואינו מעכב על שכרו אינו ש"ש, אבל מלוה על המשכון הוא ש"ש לא מפני שמעכב על שכרו אלא בגלל פרוטה דר"י, וזה סיבה שיהיה ש"ש גם כשאינו מעכב על שכרו. וכתב הקצות שם סק"ד שדברי הש"ך אינם מובנים דלמאי דקי"ל ששוכר כש"ש גם אומן הוא כש"ש גם אם אינו

תופס על שכרו כדמשמע בגמ' כאן דלא גרע משוכר. ולמה שנתבאר דברי הקצות אינם מוסכמים ותלוי במחלוקת הפוסקים והראשונים הנ"ל. אך דברי הש"ך לכאורה סתרי אהרדי שבס' ש"ו הש"ך חולק על הב"ח וס"ל שגם אומן שאינו תופס על שכרו הוא ש"ש, ובס' ע"ב הש"ך מקשה על המהרשד"ם וס"ל שאם אינו תופס על שכרו אינו ש"ש כשיטת הב"ח והמחנ"א, וצ"ע. אך כל זה להבנת הקצות בדברי הש"ך אבל הנתיבות שם סק"ז מפרש את דברי הש"ך באופן אחר ולדבריו אין סתירה בדברי הש"ך, ע"ש. בעיקר קושית המהרשד"ם עיין מש"כ הקצות שם שנוגע להמשך הסוגיא כאן והובאו דבריו בס"ד לקמן.

האו"ש בחידושו כאן מבאר באופן אחר את דברי הראשונים שמביא המחנ"א דס"ל שאומן הוא ש"ש רק מפני שתפס ליה אאגריה אף דקי"ל ששוכר הוא ש"ש, וזה נגד פשטות הגמ' כאן שרק אם שוכר ש"ח צריך באומן להגיע לתפס ליה אאגריה. וכתב האו"ש שהגמ' קאי כמ"ד אומן קונה בשבח כלי א"כ יש לאומן השתמשות בגוף הכלי שמה שהוא מיצר ממנו שייך לו וא"כ אומן דמי לשוכר והוי ש"ש בלי להגיע לתפס ליה אאגריה. אבל הראשונים הנ"ל ס"ל דקי"ל שאומן אינו קונה בשבח כלי ומה שנוצר ע"י האומן מן הכלי שייך לבעלים, והאומן יש לו רק שכר פעולה א"כ אין לו שימוש בגוף הכלי וגרע משוכר, לכן כתבו שאפי' אם שוכר כש"ש באומן צריך להגיע לתפס ליה אאגריה כדי שיהיה ש"ש.

הנח לפני שומר חנם. התוס' לקמן צ"ט. הוכיחו מכאן שמה שמבואר שם שתקנו משיכה בשומרים היינו לענין חזרה בשואל, אבל חיוב אחריות של שומר חנם ושומר שכר אינו תלוי במשיכה, וכשמסתלק הבעלים משמירת החפץ על סמך שמירתו של השומר חל חיוב האחריות של השומר בלי מעשה קנין כמבואר כאן שכשאומר השומר לבעה"ב הנך לפני הוא מתחייב אף שלא משך השומר. התוס' בב"ק ע"ט. כתבו שאין שומר חנם מתחייב אלא ע"י משיכה וכ"כ הרא"ש שם [נסותר את מש"כ הרא"ש כאן שש"ח חייב בלי משיכה, עיין פ"ח אות א']. שיטת הרמב"ם בפ"ב משכירות ה"ח כתוס' בב"ק שאין ש"ח מתחייב אלא א"כ משך, כמבואר במ"מ שם ובטור ס' רצ"א ובש"ך שם סק"ג. ועל הסוכרים שאין ש"ח וש"ש מתחייבים אלא ע"י משיכה קשה קושית התוס' ממתני' דחייב ע"י הנח לפני אף שלא משך השומר.

הראב"ד שהובא בשיטמ"ק כאן ס"ל נמי שאין ש"ח מתחייב בלי משיכה ומקשה מהנח לפני. וכתב שכשאומר השומר למפקיד הנח לפני המפקיד נעשה שלוחו של השומר לעשות בשבילו מעשה משיכה, והרי זה כאילו משך השומר בעצמו שמשכית שלוחו הוא כמשיכתו. ועוד כתב הראב"ד דאירי שהניח המפקיד בסמטא בד' אמותיו של השומר ואיכא קנין ד' אמות. ויש לעיין בתירוצו הראשון של הראב"ד איך מהני משיכת המפקיד בשליחות השומר הרי הרוצה להקנות ממנו לאחר צריך לזכות ע"י אחר ולא מהני הגבהת המקנה בשביל הקונה ואמאי מהני משיכת המקנה לקונה. לקמן צ"ט. מבואר שם השואל אומר למשאיל הכישה והיא תבוא אצלי והכישה המשאיל קנה השואל. והתוס' שם ד"ה כיון ס"ל שקונה בקנין משיכה. ולכן כתבו דאירי שהכישה בסמטא במקום שמשכיה קונה. ותמה הריטב"א שם על דברי התוס' איך הוא קונה במשיכה זו הרי בעינן משיכת הקונה ושם המפקיד שהוא המקנה הכישה. וכן קשה על דברי הראב"ד כאן. אמנם מבואר מדברי הראב"ד כאן ומדברי התוס' לקמן דס"ל שמה שצריך לזכות ע"י אחר ולא מהני הגבהת המקנה בשביל הקונה היינו רק כשמונה החפץ ביד המוכר דאין רשותו של המוכר או ידו של המוכר יכול לקנות לקונה. אבל כשמושך המוכר לרשות הקונה שאין הקנין מחמת רשותו של המקנה אין חסרון בזה שמעשה הקנין נעשה ע"י המקנה בשביל הקונה. ושליח אחר יכול לקנות גם כשלא מושך לרשות הקונה אלא לרשות של עצמו, דיכול לעשות שמעשה הקנין שלו יעשה קנין למשלחו, וזה הבעלים אינם יכולים לעשות, דמשיכה לרשות הבעלים לא יכול להיות סיבה לקנין של הקונה. אבל כשהמקנה מושך לרשות הקונה אין חסרון בזה שמעשה המשיכה נעשה ע"י המקנה. והריטב"א חולק וס"ל שאין המקנה יכול לעשות מעשה קנין בשביל הקונה אפי' כשמושך לרשות הקונה.

הפת"ת בחו"מ ס' ר' סק"ח כתב בשם המבי"ט שהמוכר שמשך סחורה בשליחות הקונה או שעשה חזקה בקרקע שלו בשביל הקונה ובשליחותו זוכה הקונה ע"י מעשה הקנין של המוכר דכיון ששלוחו של אדם כמותו אין נ"מ אם השליח הוא המוכר או אחר. ומביא הפת"ת שהשעה"מ שם סק"ד תמה אמאי כתב כן המבי"ט בפשיטות הרי נחלקו בזה הראשונים, ומביא ע"ז את דברי הראב"ד והריטב"א הנ"ל. וע"ע בזה בחזו"א חו"מ ליקוטים ס' י"ז סק"ג. ע' לקמן צ"ט. מש"כ בזה בדברי הסמ"ע.

רע"א לעיל מ"ח. על תוד"ה והא בעי תמה על עיקר משיכה זו שצריך כדי לחייב ש"ח לדעת הרמב"ם מה פועל משיכה זו הרי השומר אינו קונה את החפץ.

הקצות בס' רצ"א מקשה על הרמב"ם שש"ח בעי משיכה כדי להתחייב אמאי בעינן קרא למעט שטרות משמירה ת"ל שאין שטרות נקנים אלא בכתובה ומסירה וקנין זה לא שייך בשומר דאינו יכול לכתוב לו קני איהו וכל שיעבודא דאית ביה שאינו נותן לו את השיעבוד. ולכאורה דברי הקצות אינם מובנים שמה שצריך כתיבה ומסירה הוא כדי לקנות את החוב ע"י מסירת השטר, אבל השטר עצמו נקנה בלי כו"מ ע"י משיכה או הגבהה ככל מטלטלין כמבואר להדיא בתוס' בכתובות פ"ה: ע"ש. והמוסר לשומר שטר לשומר אינו נותן לו את החוב אלא את השטר ובה לא בעינן כו"מ. וכבר העיר בזה הנתיבות סק"ב על דברי הקצות.

תוד"ה דקא תפס. הקשו למה במלוה על המשכון צריך להגיע לדשמואל או דרב יוסף כדי שיהיה ש"ש ת"ל דתפס ליה אאגריה. לכאורה דברי התוס' כאן סותרים את דבריהם בד"ה הא גמרתיו שכתבו דתפס אאגריה אינו סיבה שיהיה ש"ש אלא רק בצירוף עם זה שנמצא אצלו לצורך אומנותו, ובמלוה על המשכון ליכא צירוף. ורק לרש"י שחולק על התוס' בזה כמו שיבואר בסמוך בס"ד יש מקום לקושייתם כאן. וצ"ל דכיון שכתבו בד"ה לא דהיכא דפירש בהדיא שתופס על שכרו הוא כן נעשה ש"ש א"כ קשיא להו דמלוה על המשכון הוי כפירש בהדיא שכל עיקר המשכון הוא בשביל זה. אך אכתי קשה קצת שהיו צריכים להעמיד שאלתם על הא דהבא וטול שמשם מוכח דבכה"ג שמפרש בהדיא שתפס אאגריה הוא ש"ש ולא על גמ' זו דקא תפס אאגריה שכאן אינו ש"ש אלא בצירוף אומנותו.

מה שתירצו התוס' שבמלוה על המשכון לית ליה הנאה ממה שתופס על מעותיו שעדיף לו שלא היה מלוה כלל והיו המעות בידו עיין בש"ך בס' ע"ב סק"ט ד"ה ומה שהקשו ובסקל"ו שכתב שתירצו זה קיים רק במשכנו בשעת הלואתו אבל

לאחר הולאתו שכבר אין המעות בידו יש לו כן הנאה בזה שמקבל משכון ותפס ליה על מעותיו ובוזה הוא ש"ש גם בלי שמואל ורב יוסף, ע"ש.

לא שנו אלא בתוך ימי שאלתה. מבואר שבתוך ימי שאלתה אינו נפטר כשמחזיר לבעלים א"כ הגיע לרשות הבעלים, אבל כשמגיע לרשותם נפטר השואל אף בתוך זמן השאלה ולא אמרין שקיבל אחריות אונסין לכל זמן השאלה ואינו יכול לחזור מזה. ועיין בריטב"א על הגמ' בסמוך שהיה ה"א שבטול והבא מעות אפי' ש"ח אינו ששואל יכול להחזיר לבעלים וליפטר מאחריותו באמצע הזמן מפני שהזמן בשאלה אינו לטובת המשאל שער זמן זה השואל מתחייב אחריות אלא הזמן בשביל השואל שער אז קנוי לו לשימוש והמשאל אינו יכול לחזור. ודמי ללוה שיכול לפרוע תוך זמנו אף שמפקיע בזה את חיוב האחריות שעליו.

אבל אחר ימי שאלתה פטור. אף דאיירי לענין שואל שמחזיר למשאל אחר זמן השאלה שפטור מאונסין גם לפני שהגיע לרשות המשאל מ"מ הדין הוא שנפטר מאונסין כשנגמר זמן השאלה גם אם עדיין הפקדון בביתו. כן מפורש בשו"ע ס' ש"מ סע' ח'. וכתב הגאון ע"ז בסקי"ט רש"י שם ד"ה אבל כו' ומוכרח בגמ' מדפריך שם מגמרתיו. דהיינו שמפורש כן בדברי רש"י כאן וכן מוכח שהגמ' שואלת על דין זה מגמרתיו דדמי לאחר זמן שאלתה ומשמע במשנה שנשאר ש"ש, וכאן איירי בעודה בבית האומן ואעפ"כ הקשו מזה על דברי ר"ח בשואל.

טול את שלך והבא מעות. מבואר בגמ' שיש ג' אופנים בענין זה. א. כשאומר טול והבא מעות מפורש במשנה שאינו ש"ש אלא ש"ח. ב. כשאומר הבא מעות וטול פשוט לגמ' שנשאר ש"ש. ג. כשאומר גמרתיו מספקא לגמ' אם נשאר ש"ש או שהוא ש"ח. והדין בזה תלוי אם אמרין כר"ח ששואל אחר זמן שאלתו אינו חייב באונסין א"כ גם אומן שאומר גמרתיו ככר אינו ש"ש, ואם שואל אחר זמן שאלתו נשאר חייב באונסין מפני שנשאר דינו הראשון עד שחזור לבעלים א"כ גם אומן שאומר גמרתיו נשאר ש"ש עד שמחזיר לבעלים. ונחלקו רש"י ותוס' בביאור ג' דינים אלו. רש"י ס"ל שבגמרתיו אין ראייה שדעתו לעכב את הפקדון על שכרו א"כ במצב של עכשיו אין שום סיבה שיהיה ש"ש שהרי גמר מלאכתו ואין החפץ נמצא אצלו לצורך הנאתו, ואינו תופסו על שכרו. ולכן הוי ממש כשואל אחר זמנו. ומה שטול והבא מעות פשוט שאינו ש"ש אף ששואל לגמרתיו הוא כמבואר ברש"י ד"ה וכולן שכשאומר טול הוא מגלה דעתו שאינו רוצה להיות ש"ש. ובוזה גמרתיו שונה ששם ליכא גילוי שאינו רוצה להיות ש"ש לכן שם יש צד שנשאר עליו הדין שהיה עליו בתחילה כמו שואל אחר זמנו. ומה שבהבא וטול פשוט דהוי ש"ש לרש"י פשוט מפני שבזה הוא תופס על שכרו וזה סיבה שיהיה ש"ש, ולא דמי לשואל אחר זמנו שמצד המצב של עכשיו אין סיבה שיהיה שואל.

התוס' חולקים בזה על רש"י וס"ל בד"ה הא גמרתיו שגם בגמרתיו דעתו לתפוס על שכרו ולכן הקשו מה ראתה הגמ' מגמרתיו לשואל אחר זמנו הרי בגמרתיו יש עכשיו סיבה שיהיה ש"ש. והוצרכו התוס' לחדש שתפס ליה אאגריה אינו סיבה שיהיה ש"ש אלא רק בצירוף מה שנמצא אצלו לצורך אומנותו. ומכאן זה קשיא להו לתוס' בד"ה לא אמאי בהבא מעות וטול הוא כן ש"ש מחמת שתופס על שכרו. והוצרכו לחדש דהיכא שמפרש בהדיא שתופס על שכרו עדיף וזה כן סיבה שיהיה ש"ש. ולרש"י אין צורך לכל דברי התוס' דלא קשה מה שהקשו בד"ה הא ש"ש שלרש"י בגמרתיו אינו תופס על שכרו, וכן כתב השיטמ"ק בשם הרא"ש לישב קושיית התוס', וממילא לא קשה מה שהקשו בד"ה לא ששם תופס על שכרו וזה לבד סיבה שיהיה ש"ש. נמצא ביאור הג' דינים לפי תוס' הוא א. הבא וטול כיון שגילה דעתו שתופס על שכרו הוא ש"ש. ב. בגמרתיו אף שתופס על שכרו כיון שלא גילה דעתו שתופס על שכרו אין סיבה עכשיו שיהיה ש"ש ותלוי בדין של שואל אחר זמנו. ג. בטול והבא אינו ש"ש אף לצד ששואל אחר זמנו נשאר שואל דשאני טול והבא שגילה דעתו שאינו רוצה להיות ש"ש.

טול והבא מעות. הובא לעיל שהש"ך בס' ע"ב סק"י מביא שברשב"א מבואר שמלוה על המשכון נשאר ש"ש גם אחרי שפרע הלוה את החוב עד שחזור המשכון לרשותו. ומביא הש"ך שמהרשד"ם מקשה ע"ז מהא דמבואר הכא שאם אמר האומן טול והבא מעות שאינו תופס על שכרו אינו ש"ש, ולמה במשכון סובר הרשב"א דהוי ש"ש אף שנפרע החוב ואינו תופסו על מעותיו. וכתב הש"ך דלא קשיא דשאני אומן שהוא ש"ש מפני שתופס על שכרו ולכן כשאומר טול ואינו תופס על שכרו אינו ש"ש, משא"כ מלוה על המשכון שאינו ש"ש מפני שתופס על שכרו אלא בגלל פרוטה דר"י הוא נשאר ש"ש גם אחרי הפרעון עד שחזור לבעלים. והקצות שם סק"ד תמה דלמאי דקי"ל שוכר ש"ש אין הטעם שאומן ש"ש מפני שתופס על שכרו ושפיר הקשה מהרשד"ם. ולעיל כתבנו בס"ד מחלוקת הפוסקים בזה אם להלכה אומן הוא ש"ש בגלל תפיס אאגריה או לא.

הקצות שם כתב דלא קשיא קושיית המהרשד"ם מטעם אחר, שמש"כ הרשב"א שמלוה על המשכון הוי ש"ש גם אחר הפרעון היינו באופן שאין הלוה יכול ליטול את המשכון, אבל היכא שיכול הלוה ליטול את המשכון ואינו נוטל אין סיבה שהמלוה ישאר ש"ש על המשכון. וא"כ דין משכון ודין אומן שוים, שגם באומן כשאומר טול והבא מעות וכן בגמרתיו שאינו מעכב מבעה"ב ליטול הוא ש"ח ורק בהבא מעות וטול שאינו מניח לבעלים ליטול עד שישלמו הוא נשאר ש"ש. וזה ניחא לשיטת רש"י דס"ל שבגמרתיו אינו מעכב על שכרו, אבל התוס' ס"ל שבגמרתיו הוא מעכב על שכרו ואעפ"כ אינו ש"ש, ורק בהבא מעות וטול הוא ש"ש מפני שפירש בהדיא שמעכב על שכרו. והקצות בעצמו מביא מחלוקת רש"י ותוס' בזה בסקי"ב, אך גם שם דבריו לכאורה צ"ב. שכתב ששיטת התוס' שמה שתפס ליה אאגריה אינו סיבה שיהיה ש"ש אלא רק בצירוף עם זה שהאומן מחזיק את הממון להנאתו, והא דהבא מעות וטול הוי ש"ש היינו משום דלא כלתה שמירתו וכבר קיבל פרוטה בתחילת השמירה, וזה כמש"כ בסק"ד ע"פ דברי הרשב"א שמה שהיה לו פרוטה דר"י בתחילה הוא סיבה שישאר ש"ש גם אח"כ כ"ז שמעכב על הבעלים לקחת את ממנו. אך צ"ע דבתוס' מבואר להדיא שמה שבהבא מעות וטול הוא ש"ש אינו מטעם זה אלא מפני שפירש בהדיא שתופס על שכרו, וכן מוכח מדבריהם בד"ה דקא תפיס שהקשו שמלוה על המשכון יהיה ש"ש בלי פרוטה דר"י מפני שתופס על שכרו.

תוד"ה הא גמרתיו. הקשו מה ראתה הגמ' מגמרתיו שאני התם דתפיס ליה אאגריה. כבר נתבאר שלרש"י אין מקום לקושייתם שבגמרתיו אינו תופס אאגריה ושכן כתב השיטה בשם הרא"ש. התוס' כתבו דלטעמא דאמרין לעיל דמדמינן אומן

לשוכר ולא אמרין שאני אומן דתפיס אאגריה פריך הכא שפיר. והרמב"ן נשאר בתי' זה דהכא קאי למאי דקי"ל ששוכר ש"ש ולדידיה מה שאומן הוא ש"ש אינו מפני שתפיס ליה אאגריה. וכתבנו לעיל דמבואר בתוס' וברמב"ן דלא כראב"ן והמרדכי שכתבו שגם להלכה אומן הוא ש"ש רק משום דתפיס ליה אאגריה. אך יש עוד חידוש בדברי התוס' וברמב"ן דאמנם ס"ל שאם שוכר ש"ש לא צריך להגיע לתפיס ליה אאגריה מ"מ אין ראייה שתפיס ליה אאגריה אינו סיבה שיהיה ש"ש. והם כתבו שלמ"ד זה תפיס אאגריה אינו סיבה שיהיה ש"ש. והתוס' בתירוצם כתבו שגם למ"ד שוכר ש"ש ואומן הוא ש"ש אין זה מפני שתופס על שכרו לבד אלא רק בצירוף עם זה שנהנה מאומנותו. ולפי מה שנתבאר דרש"י חולק בזה על תוס' וס"ל דתפיס אאגריה לבד הוא סיבה להיות ש"ש וזה הטעם שבהכא מעות וטול הוא ש"ש א"כ מוכח דס"ל שאפי' למאי דקי"ל ששוכר הוא ש"ש ולא צריך להגיע באומן לתפיס ליה אאגריה מ"מ גם תפיס אאגריה הוא סיבה להיות ש"ש.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לרש"י לכו"ע מה שתופס על שכרו הוא סיבה להיות ש"ש. ב. לתוס' לכו"ע מה שתופס על שכרו אינו סיבה להיות ש"ש אא"כ פירש בהדיא או שיש צירוף של אומנות. ג. לרמב"ן למ"ד שוכר ש"ש אין זה שתופס על שכרו סיבה להיות ש"ש, ולמ"ד שוכר ש"ש מה שתפיס אאגריה הוא סיבה להיות ש"ש. וכל זה לענין אם מהני מה שתפיס אאגריה להיות ש"ש ולעיל הובא שיטות הפוסקים והראשונים לענין אם צריך להגיע לתפיס אאגריה למאי דקי"ל ששוכר כש"ש.

סד"א שומר חנם נמי לא הוי קמ"ל. פרש"י קמ"ל דאינו תופסו על שכרו ואינו רוצה להיות ש"ש אבל מדין פקדון לא סליק נפשיה. כתב הריטב"א דמשמע מזה שאם פירש שאינו רוצה להיות אפי' ש"ח אינו חייב אפי' כדין ש"ח. ומבאר הריטב"א שזה דוקא כאן שלא התחייב לשמור לזמן מסוים וכן הדין בכל ש"ח שאין זמן לשמירתו או שהיה זמן ועבר הזמן שיכול להפסיק שמירתו. אבל אם קיבל לשמור לזמן אינו חוזר בתוך הזמן. ורק שואל יכול להחזיר לבעלים בתוך הזמן וליפטר מחיוב האונסין שעליו מפני שבשואל אין הזמן לטובת המשאיל אלא לטובת השואל. כדברי הריטב"א כאן כתב גם הרשב"א בקידושין י"ג. בשם הראב"ד ש"ח שקיבל שמירה לזמן אינו יכול לחזור בתוך הזמן. והרשב"א שם חולק דלא גרע ש"ח מפועל שחוזר בחצי היום. והקצות בס' ע"ד סק"א מבאר סברת הראב"ד דשאני ש"ח מפועל שפועל חייב פעולה וזה עבדות וחוזר מקרא דעבדי הם, משא"כ שומר אינו רק חיוב פעולה אלא חיוב אחריות על ממון חברו והוי כחיוב ממון וא"א לחזור מחיוב זה. ועי' בקו"ש בקידושין י"ג. שסברת הרשב"א הוא דס"ל שחיוב האחריות של שומר הוא בתולדה מחיוב השמירה שעליו, וכיון שמחיוב השמירה יכול לחזור דע"ז הוא כפועל ממילא בטל חיוב האחריות. דהיינו שהמחלוקת בזה תלוי אם האחריות של שומר הוא תולדה מחיוב השמירה או לא. עיין בקה"י ס' ל"ח שחקר בזה ותלה במחלוקת הנ"ל לענין חזרה. [המחנ"א שומרים ס' י"ח מחלק בענין זה בין ש"ש דהוי כפועל ויכול לחזור לש"ח שאינו כפועל ואינו יכול לחזור, ע"ש טעמו].

עיקר הדבר שמבואר ברש"י שאם פירש האומן שאינו רוצה להיות שומר כלל אפי' ש"ח אינו מבואר גם ברמ"א בס' ש"ו סע' א' וז"ל ואם אמר טול את שלך ואיני שומר עוד פטור עכ"ל והיינו שפטור אפי' מפשיעה כמבואר בסמ"ע סק"ד. ומקורו של הרמ"א מהב"י בשם תלמידי הרשב"א. והגאון שם סק"א כתב דכן מבואר ברש"י כאן, וזה כדברי הריטב"א הנ"ל. ומוסיף הגאון וז"ל ובזה מתורץ קושיית תוס' מ"ט. ד"ה אלא ועש"ך עכ"ל. והיינו דאיתא לעיל מ"ט. דמי שקיבל מעות על מקח וחזר בו ואמר לקונה שקול מעותיך אינו אפי' ש"ח על המעות. והקשו שם התוס' מ"ש ממה שמבואר כאן שאם אומר טול אינו ש"ש אבל נשאר ש"ח. וכתב ע"ז הש"ך בסק"ב דהכא הוא ש"ח מפני שאמר טול והבא מעות שעדיין הוא חייב לו מעות לכן הוא נשאר ש"ח משא"כ התם אין הקונה חייב למוכר כלום לכן אינו אפי' ש"ח. ומביא הש"ך שמצא תי' זה בשם הרמ"ה. ולכאורה אינו מובן למה מה שבעה"ב חייב מעות לאומן הוא סיבה שיהיה האומן ש"ח. וכתב הנתיבות בסק"ב שכונת הש"ך דכיון שבעה"ב חייב דמים לאומן יכול האומן לתפוס על שכרו, ולכן כשאומר טול מפרשים כונתו שאינו רוצה לתפוס על מעותיו ואין ראייה שאינו רוצה להיות אפי' ש"ח. משא"כ התם שבל"ה אין הלוקח חייב כלום למוכר אין צד לפרש מה שאומר טול שאינו תופס על שכרו ולכן שם ע"כ הכונה שאינו רוצה לשמור לכן אפי' ש"ח אינו. ולכאורה זה כונת הגאון שכתב שלרש"י מיושב קושיית התוס' ועש"ך. דהיינו שלמה שמבואר ברש"י שגם כאן אם פירש שאינו רוצה להיות אפי' ש"ח אינו שומר כלל אלא שבסתם לא מפרשים כך את דבריו אלא שאינו תופס על שכרו משא"כ לעיל שא"א לפרש אחרת ע"כ כונתו שאינו רוצה להיות ש"ח, ומהני לפוטרו משמירה כמבואר ברש"י כאן. וזה מש"כ הש"ך לפי איך שהנתיבות מבאר דבריו. אך כ"ז כשאומר טול אבל היכא שאומר הבא מעות דהיינו שתופס על שכרו לא יועיל מה שמפרש שאינו רוצה להיות שומר לפוטרו משמירה דכיון שמפרש שתופס על שכרו ע"כ הוא ש"ש. כן מבואר בנתיבות בסוף סק"ב ולא כדמשמע בסמ"ע סק"ד שמביא הנתיבות שם.

או דלמא ש"ש נמי לא הוי. כתב הריטב"א שהספק של הגמ' הוא רק אם כשנגמר זמן השאלה הוא נשאר ש"ש בגלל הסברא של הוראיל ונהנה מהנה או לא אבל אין צד שאפי' ש"ח אינו. ומה שפשוט שהוא לכה"פ ש"ח מבאר הריטב"א דכיון שחייב להחזירה לרשות הבעלים מדעתם בודאי הוא חייב בשמירה עד שיחזיר לבעלים. ומבואר בריטב"א שיש חיוב על השומר להשיב לבית הבעלים ולא סגי בזה שאינו מעכב את הבעלים מלקחת את ממונם. וזה לכאורה דלא כקצה"ח בס' ש"מ סק"ד וס' קצ"ח סק"ה שאין חיוב השבה אלא בגזלן שנאמר בו והשיב את הגזילה ובאבידה שנא' בו השיב תשיבם, אבל בשומר ליכא חיוב השבה לבעלים אלא יבואו הבעלים ויקחו את ממונם. ועיין בספר אהבת חסד בסוף פרק כ"ב שכתב ששואל חייב להשיב את הפקדון לבעלים ומביא ע"ז את דברי הריטב"א כאן. עיין בזה לקמן צ"ז: .

עוד כתב שם הריטב"א וז"ל ומסתברא דבפקדון בעלמא שיש בו זמן והגיע זמנו ש"ש הוי עליו עד שיאמר לבעלים טול את שלך שאיני רוצה לשומרו וכדאמרינן גבי אומן שאומר גמרתיו עכ"ל. ולכאורה אינו מובן שרק באומן צריך להודיע מפני שאין הבעלים יודעים שגמר מלאכתו, אבל ש"ש לזמן דמי לשואל לזמן. ומבואר לעיל ששואל אחר זמנו אינו חייב באונסין אף שלא הודיע לבעלים. ומ"ש ש"ש שצריך להודיע משואל שאינו צריך להודיע. עיין בנתיבות ס' קפ"ו סק"ב שעמד על זה בתוך דבריו ומבאר ששואל שחיובו באונסין הוא מחמת קנינו להשתמשות כשנגמר זכות ההשתמשות אין לו רשות להשתמש ואין סיבה שיהיה חייב באונסין, והבעלים יודעים את זה אינו צריך להודיע. אבל ש"ש אף שעבר הזמן שהוא השתעבד לשמור יתכן

שהשומר מוכן להמשיך בשמירתו עד שיקחו הבעלים את הפקדון. וכיון שאין הדבר מוכרח שהוא מפסיק את שמירתו הוא נשאר שומר עד שיודיע לבעלים שאינו רוצה לשמור דומיא דאומן שצריך להודיע כיון שאין הבעלים יודעים.

הלוקח כלים מבית האומן לשגרן לבית חמיו וכו' נאנסו בהליכה חייב. רש"י מפרש שחיובו באונסין הוא מפני שנחשב כלוקח ולא מדין שואל. דהיינו שהמוכר שנותן באופן זה נותן ע"ד שיהיה קנוי ללוקח מעכשיו קנין גמור עם תנאי שאם יחליט שרוצה להחזיר בזמן שיש בידו אפשרות להחזיר יתבטל המקח. ולכן אם נאנס בהליכתו שכבר שאין אפשרות שיחליט שרוצה להחזיר מפני שהכלי כבר אינו בעולם ואינו יכול להחזירו הוברר שחל המקח מעיקרא ושלו אבד. ורק אם הגיע לחמיו ולא רצה חמיו את הכלי והחליט שרוצה להחזירו בטל המקח ולכן אם אח"כ נאנס בחזרתו אינו חייב באונסין מפני שהוברר שאין הכלי שלו. הרשב"ם בב"ב פ"ח. כתב שני דרכים בזה אם חיובו משום שהוא לוקח או מדין שואל. גם התוס' שם פ"ז: דנים בזה ובתחילה כתבו שחיובו מדין שואל ובסוף כתבו שאינו מדין שואל אלא מדין מקח. בדברי הר"ן יש סתירה בזה שהר"ן בע"ז ט"ו. [דף ד. מדפי הר"ף בד"ה ומקשון] כתב אל תטעה לומר שחיובו מדין שואל שבסוגיא בב"ב העמידו דין זה בקייצי דמיו ומוכח שם שבקייצי דמיו חל המקח והוי לוקח ולא שואל. אך בנדרים ל"א. כתב הר"ן שחיובו מדין שואל. ורע"א בגליון הש"ס בנדרים עמד בסתירה בר"ן.

אמנם אף שהר"ן בע"ז מוכיח מהגמ' בב"ב שהחיוב הוא מדין לוקח בגמ' בנדרים מוכח לכאורה שהחיוב הוא מדין שואל ולא מדין לוקח. שמבואר שם שהדין שהלוקח כלי ע"מ לבקרו אם נאנס בידו הוא חייב דוקא בזבינא חריפא דהוי הנאת לוקח. והגמ' שם מדמה דין זה לדין של לוקח כלי לשגר לבית חמיו. ואם החיוב הוא מדין לוקח מה נ"מ אם הוי זבינא חריפא או לא הרי חיובו הוא מפני שחל המקח והכלי הוא שלו ולא מפני הנאתו. אלא משמע שהחיוב הוא מדין שואל דכיון שיש לו רשות לקנות את הכלי אם ירצה האפשרות לקנות הוי כאפשרות להשתמש ומקבל ע"ז דין שואל. ולענין זה נחא דבעינן זבינא חריפא שרק אז מה שיכול לקנות זה הנאת לוקח והוי כל הנאה שלו. א"כ לכאורה היה נראה שיש נ"מ בזה בין הסוגיות דבב"ב לא נזכר זבינא חריפא אלא קייצי דמיו, ושם איירי לענין חיוב מדין לוקח. ובנדרים לא נזכר קייצי דמיו אלא רק זבינא חריפא מפני ששם איירי לענין חיוב מדין שואל. וכן מבואר בריטב"א כאן ובב"ב פ"ח. דהיכא דקייץ חיובו מדין לוקח ולא בעינן זבינא חריפא, והיכא דהוי זבינא חריפא חיובו מדין שואל ולא בעינן קייצי דמיו. ולדברי הריטב"א אין מקום לקושית התוס' בד"ה אתא דאיירי הכא בקייצי דמיו וכו' לא בעינן זבינא חריפא. אך אין לישב בזה את הסתירה בר"ן שהר"ן בנדרים שם כתב בהדיא שתמיד בעינן גם קייצי דמיו וגם זבינא חריפא, והגמ' בב"ב סמכא על הגמ' בנדרים, ובנדרים סמכו על הסוגיא דב"ב.

נמצא שברשב"ם יש ב' פשטים בזה אם חיובו מדין שואל או מדין לוקח. רש"י ס"ל מדין לוקח וכן דעת הר"ן בע"ז. הר"ן בנדרים כתב שהחיוב מדין שואל. והריטב"א כתב שאם קייץ חיובו מדין לוקח ולא בעינן זבינא חריפא. ואם זה זבינא חריפא חיובו מדין שואל ולא בעינן קייץ. לדעת הסוברים שחיובו מדין לוקח צ"ב למה בעינן זבינא חריפא. ועיין בזה בקה"י בנדרים ס' כ"ד שכתב שאם אינה זבינא חריפא אין אומדנא שרוצה לקנות ולא יהיה לו דין לוקח.

הרמב"ם בפ"ד ממכירה הי"ד על הדין של הלוקח כלי מן האומן ע"מ לבקרו כתב שמה שחייב באונסין הוא דוקא בזבינא חריפא כמבואר בגמ' בנדרים. ובפ"ב משלוחין הי"ח בדין של הלוקח כלי לשגר לבית חמיו כתב שחייב באונסין בהליכתו ולא כתב שזה דוקא בזבינא חריפא. וכתב בזה האור"ש בפ"ד ממכירה הי"ד שהלוקח כלי ע"מ לבקרו בודקו ומחזירו לאלתר בזה אם אינו זבינא חריפא אין בזה הנאה לקונה שיכול למצוא מקח כזה במקום אחר. אבל הלוקח כלי לשגר לבית חמיו, או הלוקח כלי ע"מ למוכרו במקום אחר, שאינו מחזיר אלא אחר זמן מרובה, ובמשך כל הזמן בידו להחליט אם לקנות או לא, זה בודאי הנאת הלוקח אפי' אם המקח מצד עצמו אינו זבינא חריפא. ועיין ביד רמה בב"ב פ"ח. שכתב סברא זו ומישב בזה קושית התוס' בד"ה אתא שבמעשה דר"ג המקח לא היה זבינא חריפא ולכן לא מצא הקונה מי שיקנה ממנו, ואעפ"כ זה הנאת לוקח מפני שיכול רק להרויח ממקח זה שרק אם ימצא קונה ביוקר יקנה מהמוכר הראשון. ולקנות באופן זה הוא בודאי הנאת לוקח ואין צורך להעמיד בזבינא חריפא. דברי הרמ"ה הובאו באבן האזל בפ"ד ממכירה הי"ד ד"ה וראיתי ע"ש.

נמצא ג' תירוצים על קושית התוס' בד"ה אתא. א. תי' התוס' שהיה זבינא חריפא ומה שלא מצא קונה הוא מפני שמכר ביוקר. ב. לרמ"ה לא היה זבינא חריפא ואעפ"כ כלפי הראשון היה הנאת הלוקח כיון שקנה באופן שאינו יכול להפסיד. ג. לריטב"א בקייצי דמיו חיובו מדין לוקח ולא מדין שואל ובה לא בעינן שיהיה זבינא חריפא.

בחזרתו פטור מפי שהוא נושא שכר. מדין זה למדה הגמ' ששואל אחר זמן שאלתו שאינו חייב באונסין דמ"מ חייב בגו"א דהואיל ונהנה מהנה. וכן כאן חיובו כדן ש"ש בחזרתו הוא מדין הואיל ונהנה מהנה. וצריך להבין בשלמא אם חיובו בהליכתו הוא מדין שואל דכל הנאה שלו, מוכן שגם בחזרתו שכבר אינו שואל הוא נשאר ש"ש בגלל הואיל ונהנה. אבל אם מעולם לא היה שואל אלא חיובו היה מדין לוקח למה יהיה ש"ש כשהוברר שאינו לוקח, ומה שייך בזה הואיל ונהנה הרי מעיקרא לא היה חיובו מפני הנאתו. עיין בתוס' בב"ב פ"ז: שעמדו בזה וכתבו וז"ל ומדמייתי מינה אהיה דהחזירה לאחר ימי שאלתה משמע דהא דקתני נאנסו בהליכה חייב דהוי מטעם שואל א"כ מילתיה דשמואל נמי הוי מטעם שואל דהא מההיא ברייתא מייתי בנדרים סייעתא לשמואל. מיהו רש"י פירש בב"ב פ"ז: דנאנסו בהליכה חייב משום דחשיב כלוקח ומ"מ מייתי מינה שפיר אהיה דאמימר כי היכי דחשיב ליה ברייתא נושא שכר בחזרה אע"פ שבטל המקח משום דעד השתא היה כלוקח ה"נ שואל אחר שכלו ימי שאלתה הוי ש"ש כיון שנהנה בשאלה עד עכשיו עכ"ל. דהיינו שאף ששם החיוב מדין שואל וכאן מדין לוקח מ"מ אם מי שהיה חייב באונסין מפני שהיה כלוקח הוי ש"ש אחר שהוברר שאינו לוקח גם שואל אחר ימי שאלתו יהיה ש"ש מפני שבתחילה היה שואל. אף דלא דמי לגמרי ששואל אף לאחר זמנו לא מפסיק להיות שואל למפרע משא"כ לוקח הרי הוברר בסוף שמעולם לא היה לוקח, מ"מ כיון שהיה זמן שהיה לו זכות להיות לוקח אם ירצה גם זה גורם הואיל ונהנה מהנה.

אמנם רש"י כאן לא כתב כמו שכתבו התוס' שם בשמו אלא כתב שמה שגורם בלוקח כלי לשגר לבית חמיו שיהיה נושא שכר בחזרתו הוא מה שהיה לו הנאה שנתפאר בהם בבית חמיו. ושואל רש"י דעבור הנאה זו הוא משלם ואינו שואל על זה אלא שוכר. לתוס' לא קשיא דלדבריהם ההואיל ונהנה הוא מה שהיה יכול לקנות ועל האפשרות לקנות אינו משלם, אבל על מה

שהשתמש להתפאר בהם בבית חמיו הוא משלם לפי טובת הנאה שבהם. וכתב רש"י שאף שמשלם עבור שימוש זה מ"מ כיון שהיה לו הנאה זה סיבה שיהיה ש"ש גם אחר שפסק הנאתו, וגם בזה אמרינן הואיל ונהנה מהנה, וכ"ש לשואל שנהנה בלי לשלם דאמרינן ביה הואיל ונהנה מהנה. אך א"כ יש חידוש דין בדברי רש"י שלא רק שואל אחר זמנו נשאר ש"ש בגלל הסברא של הואיל ונהנה מהנה אלא גם שוכר ישאר ש"ש אחר זמנו מחמת ההנאה שהיה לו בתחילה וגם בזה אמרינן הואיל ונהנה מהנה.

ויש לעיין בזה שהגמ' לעיל שואלת על ר"ח דאמר ששואל אחר זמנו אינו שואל מהא דמשמע במשנה שבגמרתיו הוא ש"ש, וכמו שאומן אחר שגמר מלאכתו נשאר ש"ש כך שואל אחר זמן שאלתו ישאר שואל כתחילתו. וקשה מה ראית הגמ' הרי ר"ח רק אמר ששואל אחר זמנו אינו חייב באונסין אבל מודה שחייב כדין ש"ש מדין הואיל ונהנה מהנה, ונימא שלכן אומן אחר גמר מלאכתו הוי ש"ש ומה הראיה מזה ששואל אחר זמנו ישאר בחיוב אונסין. ועמדו בזה השיטה בשם תר"פ והרש"ש. תר"פ כתבו דראית הגמ' מזה שאומן אחר זמנו נשאר בחיוב ש"ש כתחילתו א"כ גם שואל ישאר בחיוב אונסין כתחילתו. דהיינו שאם שואל אחר זמנו נפטר מחיוב אונסין ואין בו אלא חיוב גו"א מכא הו"א ונהנה מהנה גם אומן שבתחילתו אין בו אלא חיוב גו"א צריך לרדת דרגא דאין סברא שמחמת הואיל ונהנה מהנה ישאר כתחילת דינו, ואם אומן נשאר כתחילתו גם שואל צריך להיות חייב באונסין כתחילתו. והרש"ש כתב שרק בשואל שכל הנאה שלו אמרינן הואיל ונהנה מהנה ולא בשוכר שאין כל הנאה שלו. דהיינו שמראית הגמ' מוכח או שהו"א ונהנה תמיד יורד דרגא או שמוכח שבשוכר אין בכלל הואיל ונהנה מהנה. ומדברי רש"י כאן מוכח לכאורה שגם בשוכר אמרינן הואיל ונהנה מהנה וגם שמחמת הואיל ונהנה בשוכר הוא נשאר חייב בגו"א ואינו יורד דרגא. ויקשה לרש"י מה ראית הגמ' לעיל ששואל אחר זמנו נשאר שואל מזה ששוכר אחר זמנו חייב בגו"א הרי גם שואל חייב בגו"א מחמת הואיל ונהנה מהנה. [הרש"ש מזכיר את דברי רש"י אלו בתוך דבריו ע"ש].

ושוב מצאתי בס"ד שנחלקו האחרונים בביאור דברי רש"י אלו. המחנ"א בהל' שומרים ס' כ"ג כתב דמבואר בדברי רש"י אלו שגם בשוכר אמרינן הואיל ונהנה מהנה. האר"ש בחידושיו כאן מביא דברי המחנ"א וכתב שמה שהבין המחנ"א בדברי רש"י שבכל שוכר אמרינן הואיל ונהנה מהנה ליתא דא"כ גם באומן שאומר גמרתיו נאמר כן. לכן כתב האר"ש שבכל שוכר שמשלם כל דמי שימוש מודה רש"י דלא אמרינן הואיל ונהנה מהנה, והכא שאני שהמוכר לא היה נותן לו לקחת את הכלי כדי להתפאר בו בבית חמיו בדמים מועטים של טוה"נ אלא רק מפני שיש צד שיקנה את הכלי, ובסוף שאינו קונה את הכלי הוא קיבל שימוש בכלי להתפאר בו בבית חמיו בפחות ממה ששוה שימוש זה, וכיון שהנאתו הוא יותר מהדמים ששילם דמי קצת לשואל ושייך בזה הואיל ונהנה מהנה.

נמצא ג' דרכים בביאור ראית הגמ' שאמרינן הואיל ונהנה מהנה ממה שבחזרתו הוא ש"ש. א. לסוברים שחובו בהליכתו מדין שואל הרי בחזרתו הוא ממש כשואל אחר זמנו. ב. תוס' כ"ב כתבו שהראיה היא ממה שהיה לו דין לוקח בהליכתו ונשאר מחמת זה ש"ש בחזרתו א"כ ה"ה ששואל אחר זמנו ישאר ש"ש מחמת הואיל ונהנה מהנה. ג. לרש"י הוא נשאר ש"ש מחמת ההנאה שהיה לו להתפאר בבית חמיו. ולמחנ"א סובר רש"י שבכל שוכר אמרינן הואיל ונהנה מהנה ומה למדו בק"ו לשואל. ולא"ש רק כאן אמרינן הכי מפני שאינו משלם אלא טובת הנאה. ה"מ מזה הוא בלוקח כלי מן האומן ע"מ לבקרו דמבואר בנדרים ל"א. שחייב באונסין והגמ' שם מדמה דין זה לדין של הלוקח כלי לשגור לבית חמיו. ואם מה שבמסגרת בבית חמיו הוא ש"ש בחזרה הוא מפני שהיה שואל או לוקח בתחילה גם בלוקח ע"מ לבקרו הוא יהיה ש"ש גם אחר שהחליט שלא לקנות את הכלי עד שיחזירו למוכר. אבל אם מה שכאן הוא ש"ש הוא מפני שנהנה ממנו שהתפאר בו בבית חמיו זה לא שייך שם ולא יהיה ש"ש בחזרתו כמבואר בדברי המחנ"א הנ"ל בהל' שומרים ס' כ"ג. ומביא המחנ"א שם שהטור בס' ר' מביא מחלוקת בזה דדעת הרמ"ה שאינו אלא ש"ח וי"א דהוי ש"ש ע"ש.

עיקר הדין דהואיל ונהנה מהנה בפשטות הוא סברא שניחא ליה להיות ש"ש מחמת ההנאה שהיה לו בתחילה. לשון הסמ"ע בס' ש"מ סק"ג הוא דכיון שנהנה תקנו שיהיה ש"ש משמע לכאורה דס"ל שהוא תקנ"ח וצ"ע.

שמירה בבעלים היא. שיטת רש"י ששאלת הגמ' היא רק על שמור לי ואשמור לך אבל השאילני ואשאלך אינו שמירה בבעלים וגם אם לא אמר השאילני היום ואשאלך למחר שניהם שומרי שכו. וצריך להבין אמאי אין זה בעליו עמו הרי יש בשואל חיוב שמירה וא"כ כ"א הוא במלאכת חברו. ועיין בקו"ש בכתובות אות קכ"ו ובפסחים אות י"ז שכתב שמוכח מדברי רש"י דס"ל ששואל אין בו חיוב שמירה דכיון דחזינן שהייב אפי' באונסין ע"כ שאין חיובו מחמת חיוב שמירה אלא חיוב אחריות על הפקדון וא"כ י"ל דכל חיובו הוא רק מחמת אחריותו ואין בו חיוב שמירה כלל. ולכאורה אין דבריו מובנים שבהשאלני ואשאלך מבואר בגמ' שאינו שואל אלא ש"ש ואינו חייב באונסין א"כ אין סיבה לומר שאין בו חיוב שמירה. וצ"ל שכונת הקו"ש דאף שע"י שכ"א משאל לחברו אין זה כל הנאה שלו ואינו חייב באונסין מ"מ כיון שכ"א בפנ"ע הוא שאילה וההתחייבות של כ"א לחברו היתה בלשון שאלה לא התחייב כ"א לחברו אלא רק מה ששואל מתחייב. וכיון שאין בשואל חיוב שמירה גם הם לא התחייבו כ"א לשמור לחברו אלא רק קבלו אחריות זה לזה, ולכן אין זה נחשב בעליו עמו.

בשו"ע ס' ש"ה סע' ו' נפסק שהאומר לחברו שמור לי ואשמור לך הרי זה שמירה בבעלים. וכתב הרמ"א וי"א דה"ה השאילני ואשאלך. הי"א הוא שיטת הרמב"ם והרמ"ה שחולקים על רש"י וס"ל ששאלת הגמ' היא גם על השאילני ואשאלך כמו שיבואר בסמוך. וכתב הנתיבות שם סק"ב בביאור סברת רש"י וז"ל והטעם כיון דמה ששמור הוא רק לעצמו דהרי כל הנאה שלו עכ"ל. דהיינו שגם רש"י מודה שיש בשואל חיוב שמירה, ולא כדברי הקו"ש, ואעפ"כ אין זה בעליו עמו כיון שמה שהשואל שומר אינו בשביל הבעלים אלא בשביל עצמו. דבעליו עמו היינו כשעושה המפקיד פעולה בשביל השומר אבל מה שהשואל שומר אינו מפני שרוצה לעשות מלאכת המשאל אלא כונתו לעצמו שהשאלה מחייבת שמירה. ומה שמוסיף הנתיבות שהרי כל הנאה שלו כונתו שאם השואל היה מקבל שמירה כדי לעשות טובה למשאל הוא לא היה חייב באונסין מפני שלא היה נחשב כל הנאה שלו. שמפורש בגמ' שאם אומר השאילני ואשמור לך שאינו שואל אלא שוכר, שתמורת השאלה הוא נותן שמירה. ומה הנ"מ אם תמורת השאלה הוא שומר על ממון אחר או ששומר על הממון שהוא שואל, וא"כ כל שואל יהיה שוכר. אע"כ שרק השאילני ואשמור לך השמירה היא בשביל הבעלים והוא שכו השאלה ואין כל הנאה שלו, אבל סתם שואל אף שמחויב בשמירה זה תוצאה מהקנין שאלה שיש לו אבל לא לקח את הפקדון בשביל זה וכמו שאין זה נחשב תשלום עבור

השתמשותו זה גם לא נחשב בעליו עמו כיון שאינו שומר בשביל הבעלים אלא כדי לקיים חיובו. ולכאורה נראה פשוט שאדם שנתנו לו חפץ לשמור והוא מבקש רשות מהמפקיד להשתמש בפקדון, אף שמצבו הוא ממש כשל שואל ששניהם שומרים ושניהם משתמשים, לא יהיה דינו כשואל כיון שקבלת השמירה היתה בשביל חברו ודמי ממש להשאלתו ואשמור לך דהוי ש"ש ולא שואל. ויש להוסיף בזה את דברי הריטב"א שהובאו לעיל שמוכח בגמ' ששואל יכול להחזיר את מה ששאל באמצע זמן השאלה וליפטר מחיוב אונסין ואין המשאיל יכול לעכב בטענה שקיבל אחריות אונסין עד זמן פלוני שאין הזמן בשאלה בשביל המשאיל אלא לטובת השואל. וא"כ אינו משועבד לשמירה שיכול לחזור מזה בכל עת שירצה. וכמו שהזמן אינו בשביל המשאיל גם עצם השמירה אינו בשביל המשאיל אלא השואל מקיים בזה חיובו שחייב מחמת השתמשותו.

האבן האזל בפ"י משכירות ה"ב ד"ה והנה מבאר דברי רש"י באופן אחר. שגם רש"י מודה דאיכא חיוב שמירה בשואל ואם היו שואלים זה מזה כאחד ממש היה נחשב בעליו עמו. אבל לא איירי הכא בבת אחת אלא בזה אחר זה. ומה ששמור לי ואשמור לך הוי בעליו עמו כלפי שניהם הוא מפני שמיד עם משיכת הראשון הוא משועבד לשמור ובאותו רגע משתעבד הנותן לשמור כפי שהתנה. אבל בהשאלתו ואשמור לך אמנם הראשון שומר מיד עם קבלת הכלי אך חברו עדיין אינו משועבד לשמירה עד שהוא יקבל את הכלי שמושאל לו. שאין הוא חייב לשאול אלא זכותו לשאול אבל יכול למחול על זכותו וא"כ אין משועבד לשמירה. וא"כ הגמ' לא יכולה לשאול ע"ז בעליו עמו דהנ"מ ממה שהם ש"ש הוא לגבי הראשון שהשני אינו עמו במלאכתו.

נמצא ג' דרכים בביאור דברי רש"י א. לקנ"ש רש"י ס"ל שאין חיוב שמירה בשואל. ב. לנתיבות אינו שומר בשביל המשאיל אלא לעצמו. ג. לאבה"א השני אינו עם הראשון שאינו חייב לשאול ולהתחייב בשמירה.

הרמב"ם בפ"י משכירות ה"ב כתב שכל האומר שמור לי ואשמור לך הרי זה שמירה בבעלים. אמר לו שמור לי היום ואשמור לך למחר, השאילני היום ואשמור לך למחר, שמור לי היום ואשמור לך למחר, השאילני היום ואשמור לך למחר, כולם נעשו ש"ש זה לזה. וכתב המ"מ שמשמע מזה שהרמב"ם מעמיד את כל הד' בבות שאמר למחר דס"ל ששאלת הגמ' בעליו עמו היא על כל הברייתא כולה, ולא כרש"י שפירש שהשאלה היא רק על שמור לי ואשמור לך. וכתב ע"ז המ"מ שדברי הרמב"ם תמוהים דבשלמא בהשאלתו ואשמור לך אפשר להבין שהרמב"ם חולק על מה שנתבאר לעיל בדברי רש"י וס"ל שכל שואל שומר לחברו והוי בעליו עמו. [ובל"ה מוכיח הק"ר שם בפסחים שהרמב"ם ס"ל שיש בשואל חיוב שמירה, ששיטת הרמב"ם שאף שעבדים שטרות וקרקעות נתמעטו משמירה מ"מ חייבים על פשיעה מטעם מזיק. ודין זה הוא גם בשואל ואם אין בשואל חיוב שמירה א"א לחייב על הפשיעה מטעם מזיק]. אבל בשמור לי ואשמור לך או השאילני ואשמור לך שאין המפקיד שומר לנפקד כלל מאיזה טעם יחשב בעליו עמו ולמה הוצרך הרמב"ם להעמיד כשאומר למחר.

הטור בס' ש"ה כתב בשם הרמ"ה שבכל הד' בבות של הברייתא אם לא אמר למחר זה בעליו עמו. וזה כמ"כ המ"מ בדעת הרמב"ם. וכתב ע"ז הטור דלענין השאילני ואשמור לך אפשר להבין את דברי הרמ"ה דס"ל שהוא עמו במלאכתו לשמור את כליו השאול בידו ופליג על רש"י בזה. אבל בשמור לי ואשמור לך וכן בהשאלתו ואשמור לך אין סברת הרמ"ה מובנת אמאי יחשב בעליו עמו. וזה ממש כקושית המ"מ על הרמב"ם. וכתב ע"ז הבי"ש שלגבי שמור לי ואשמור לך אפשר להבין סברת הרמ"ה דס"ל שלבעליו עמו לא בעינן דוקא שהמשאיל עצמו יהיה עם השואל אלא גם אם כליו של המשאיל שואלים לשואל זה נחשב בעליו עמו. [צ"ל דכונתו דוקא כשחוזק מהכלי שהוא שומר יש אצלו עוד כלי של המפקיד דאל"כ כל שואל יהיה בעליו עמו מחמת הכלי שלו שמושאל לשואל]. אך בהשאלתו ואשמור לך אין המשאיל עם השואל כלל וכוזה נשאר הבי"ש בצ"ע בסברת הרמ"ה. מה שמחלק הבי"ש בין שמור לי ואשמור לך לבין השאילני ואשמור לך אף ששניהם לכאורה שווים שבשניהם אחד גם מפקיד וגם משאיל לשני, אך עיין במהרש"א כאן שבשמור לי ואשמור לך הנידון הוא לענין השמירה. וע"ז נאמר בברייתא שהשאלה היא שכר על השמירה וזה גורם שיחשב שומר שכו. והשאילני ואשמור לך הנידון לענין השאלה וע"ז נאמר בברייתא שהשמירה היא שכר השאלה ואין זה שאלה אלא שכירות. ולכן כתב הבי"ש שלגבי שמור לי ואשמור לך אפשר להבין את סברת הרמ"ה דס"ל שהשאלה גורמת שהשמירה תהיה בעליו עמו כיון שכליו של המפקיד מושאלים לשומר. אבל אין סיבה שהשמירה תגרום שהשאלה יהיה בעליו עמו.

הש"ך בס' ש"ה סק"ו מביא ראייה לרמב"ם ולרמ"ה ששאלת הגמ' בעליו עמו הוא לא רק על שמור לי ואשמור לך שאם השאלה רק על שמור לי ואשמור לך למה הגמ' חוזרת על השאלה והתי' על הברייתא אחרי שכבר שאלו ותרצו כן על המשנה. אבל לרמב"ם והרמ"ה נראה דאמרו כן שוב על הברייתא ללמד שגם בהשאלתו ואשמור לך ושאר חלקי הברייתא קשה דהוי בעליו עמו וצריך לתרץ דאיירי שאמר למחר. הש"ך מבאר מה שלרמ"ה שמור לי ואשמור לך הוי בעליו עמו דלא כבי"ש שכתב שמה שכליו של המפקיד מושאלים אצל השומר הוי כאילו הוא עצמו מושאל אצלו אלא שכשאומר שמור לי ואשמור לך ומוסר לו כלי לשמור מיד חל עליו חיוב להשאיל לו כלי אחר ונחשב כאילו שהכלי שעומד להשאיל לו הוא כבר של השומר, והמשאיל חייב בשמירת הכלי שהוא עומד להשאיל ולכן זה בעליו עמו. ומוסיף הש"ך שגם בהשאלתו ואשמור לך איירי שהכלי של השמירה נמסר לפני הכלי של השאלה וגם בזה המשאיל שומר לשואל את הכלי שעומד להשאיל לו ולכן הוי בעליו עמו. אך כל דברי הש"ך מבארים רק שהשאלה היא בעליו עמו לגבי השמירה אבל אין צד שהשמירה יהיה בעליו עמו לגבי השאלה והרי המהרש"א כתב שהשאלתו ואשמור לך הנידון אינו השמירה אלא השאלה, ואם שאלת הגמ' בעליו עמו קאי גם ע"ז ע"כ השאלה היא שהשמירה היא בעליו עמו לגבי השאלה וזה אינו מובן. ואם הש"ך לא ס"ל בזה כמהרש"א אינו מובן מאי איכא בין שמור לי ואשמור לך לבין השאילני ואשמור לך הרי בשניהם הנידון הוא לענין השמירה ובשניהם השמירה קדמה לשאלה וצ"ע.

הנתיבות בסק"ג מקשה על הש"ך שלדבריו גם שמור לי ואשמור לך למחר יהיה בעליו עמו שהרי הוא צריך לשמור את הכלי כדי שיוכל להשאיל לו למחר. [עיין באבה"א פ"י משכירות ה"ב מש"כ לישב שאלת הנתיבות על הש"ך]. וכתב הנתיבות דהוי בעליו עמו מפני שבשעה שלוקח השומר את הכלי לשמור המשאיל מביא לו את הכלי שהוא משאיל לו ודמי למה שמבואר לקמן צ"ז. שאם השואל אומר למשאיל אשקין מיא או שהמשאיל נפק לדלוויי טעונה בהדי השואל זה בעליו עמו. וכן

כאן מה שמעמיד המשאל את הכלי לשואל זה בעליו עמו כלפי השמירה. אך גם זה מבאר רק למה שהשאלה היא בעליו עמו לגבי השמירה ולא שהשמירה היא בעליו עמו לגבי השאלה.

נמצא ששומר לי ואשומר לך לכו"ע הוי בעליו עמו. השאילני ואשאלך לרש"י אינו בעליו עמו, לרמב"ם ולרמ"ה הוי בעליו עמו. שומר לי ואשאלך או השאילני ואשומר לך השמירה לכו"ע אינה בעליו עמו לגבי השאילה, והשאלה לגבי השמירה לרש"י אינו בעליו עמו ולרמב"ם ולרמ"ה הוי בעליו עמו ויש בזה ג' טעמים. א. לב"י מה שכליו של המפקיד הם עם השומר חשיב נמי בעליו עמו. ב. לש"ך כיון שנתחייב להשאל הוא שומר את הכלי שעומד להשאל לשומר. ג. לנתיבות ההתעסקות בהשאלת הכלי לשומר הוי בעליו עמו כמו אשקין מ"א.

שומר לי היום ואשומר לך למחר. מבואר בגמ' שאף דשומר לי ואשומר לך הוי בעליו עמו כשאומר שומר לי היום ואשומר לך למחר אין זה בעליו עמו. ואף שהשתעבד מעכשיו לשומר למחר אין זה נחשב בעליו עמו. וכן מבואר בסמוך בההוא דאמר ליה זיל אפי לן והשתעבד לאפות עבור השמירה ששומר בשבילו ואעפ"כ זה לא היה בעליו עמו כיון דבההיא שעתא שיכרא הוי שתי. ומוכח דלא סגי במה שהשתעבד למלאכה אלא בעינן שיהיה בפועל עמו במלאכתו. והקשו התוס' לקמן צ"ד. מהא דמבואר שם דפרה במשיכה ובעלים באמירה דהיינו שמזמן אמירת הבעלים הוא משתעבד למלאכה וחשיב בעליו עמו אף שלא התחיל עדיין במלאכת השומר. וכתבו התוס' דאין הפשט בעלים באמירה שנחשב בעליו עמו מרגע האמירה ממש אלא שמיד עם האמירה הוא מתחיל להזמין עצמו למלאכה או שהולך למלאכתו הרי זה בעליו עמו אף שלא התחיל במלאכה ממש. אבל אם לא התחיל בעסק המלאכה ולא הזמין עצמו למלאכה ולא התחיל ללכת למלאכה אין זה בעליו עמו אף שהיה אמירה. וכן נפסק בשו"ע ס' שמ"ו סע' ג'.

ההגהות אשרי בריש השואל כתב על גמ' זו דבעלים באמירה שמעינן מהכא דראובן שאמר לשמעון הריני שואל לך הרי הוא שואל לו ואין יכול לחזור בו עד שיעשה לו אותה מלאכה שנשאל לו לעשותה כגון שנשאל למלאכת דבר האבד. ומשמע דלא ס"ל כתוס' שנחשב בעליו עמו מפני שהוא מיד מתחיל במלאכה או שמכין עצמו למלאכה אלא מפני שאמירתו משעבדת אותו למלאכה והוי בעליו עמו מחמת השיעבוד ששיעבד עצמו למלאכה. וקשה מכאן דמבואר ששומר לי למחר לא הוי בעליו עמו. ועיין בתוס' בב"ב מ"ג: שהקשו מהא דשומר לי למחר על הגמ' דבעלים באמירה, וכתבו דשאני בעלים באמירה שמשעבד עצמו ליכנס למלאכה מיד משא"כ בשומר לי למחר אמנם חל מיד חיוב למלאכה אבל זמן המלאכה הוא למחר ולא עכשיו ואין זה בעליו עמו עכשיו. דהיינו שלתוס' לקמן תלוי במה שמתחיל מיד בהכנה למלאכה ואם אינו מתחיל מיד ללכת או להכין עצמו אין בעליו עמו אף שמשעבד למלאכה מיד. ולתוס' בב"ב אם הוא משועבד למלאכה עכשיו זה בעליו עמו אף שאינו מתחיל ללכת או להכין עצמו מיד ורק כשהשיעבוד הוא לעבוד לאחר זמן אין זה בעליו עמו עכשיו. ובדעת ההגהות אשרי י"ל כדברי התוס' בב"ב.

ויש לעיין בדברי התוס' שם דזה מישוב שלא יקשה משומר לי היום ואשומר לך למחר שלא התחייב למלאכה אלא לאחר זמן. אבל אכתי קשה מהא דבההוא שעתא שיכרא הוי שתי מה בכך שלא התחיל מיד במלאכתו הרי הוא שיעבד עצמו למלאכה מיד. ובשלמא לתוס' לקמן שלא סגי בשיעבוד אלא בעינן שיתחיל בהליכה או בהכנה למלאכה מיד נחא דכיון דשתי שיכרא הרי שלא הכין עצמו מיד למלאכה, אבל לתוס' בב"ב שתלוי בשיעבוד הרי הוא חייב עצמו למלאכה מיד ומה בכך שלא קיים חיובו ושתה שיכרא. וצריך להוסיף בזה דברי הריטב"א כאן שכתב וז"ל ה"מ שנעשין בעלים שומרים באמירה כשאמר לעשות מלאכתו לאלתר בלא הפסקת מלאכה אחרת אבל אם אמרו לעשות מלאכתו לאחר שעה או שהפסיקו במלאכה אחרת בין אמירה למעשה אינם נעשים שואלים אלא משעה שיתחילו במלאכה עכ"ל. מבואר דס"ל דתיתי בעינן שישעבד עצמו למלאכה מיד ולא שישעבד עצמו למלאכה למחר וגם שלא יפסיק במלאכה אחרת בינתיים. וכן מבואר בהמשך דברי הריטב"א וז"ל אפי' הלך לאפות מיד לא הוה חשיבא שאלה בבעלים אלא משום דמשעת אמירה נעשה שואל כיון שהלך לעשות מלאכתם מיד בלא הפסקת מלאכה אחרת וכדכתיבנא לעיל עכ"ל. א"כ גם התוס' בב"ב דס"ל שמה שמשעבד עצמו למלאכה הוי בעליו עמו מ"מ בעינן נמי שלא יפסיק בינתיים במלאכה אחרת.

הרמב"ם בפ"ב משאלה ה"א כתב שאפי' אמר לחברו השקני מים ושאל ממנו בהמתו והשקהו ונתן לו את הבהמה הרי זה שאלה בבעלים ופטור. וכתב הגאון בס' שמ"ו סק"ג דמדנקט הרמב"ם והשקהו משמע דס"ל דלא סגי במה שמכין עצמו והולך להשקותו אלא בעינן שיתחיל במלאכה עצמה. [האבן האזל בפ"ב משאלה תמה על דיוקו של הגאון מפני שהבין שראיית הגאון הוא מהלשון שהשאל בהמתו בעוד שהוא משקהו ולשון זה לא נמצא ברמב"ם אלא בטור ובשו"ע אך מלשון הגאון נראה שראייתו אינו מלשון זה אלא ממה שכתב הרמב"ם והשקהו דמשמע דבעינן שיתחיל במלאכה ממש]. וצ"ב איך יפרש הרמב"ם את הגמ' לקמן צ"ד: שבעלים באמירה. ואולי י"ל ע"פ מה שהובא בטור בס' שמ"ו בשם הרמ"ה לחלק בזה בין פועל שנשכר למלאכה מסוימת שבזה בעינן שיתחיל במלאכה לבין מי שמשכיר עצמו לכל מלאכת בעה"ב שבזה מיד הוא נחשב במלאכת בעה"ב שזה גופא מלאכתו להיות מוכן לכל אשר ישלחנו אדוניו. כך מפרש הלח"מ פ"ב משאלה ה"א בכונת הרמ"ה ולא כב"י שמפרש באופן אחר ע"ש. וכן מבואר בגמ' כאן דהני אהלויי שכ"א היה אופה ביומו לא היו שכירים כל היום רק לאפיתם בלבד לפיכך אין זה בעליו עמו כשלא התחיל באפיה מיד אבל אם היה שכיר לכל היום כמי שהתחיל במלאכה דמי ע"ש. ובאופן זה איירי הגמ' לקמן שבעלים באמירה לדעת הרמב"ם.

נמצא ג' שיטות בזה א. לתוס' בב"ב ולהגהות אשרי אם משעבד עצמו לעשות מלאכה מיד ולא הפסיק במלאכה אחרת בינתיים אף שלא התחיל ללכת עד אחר המשיכה הוי בעליו עמו. ב. לתוס' לקמן לא מהני מה שמשעבד עצמו למלאכה אלא בעינן שיכין עצמו או יתחיל ללכת למלאכה אבל לא בעינן שיתחיל במלאכה עצמה. ג. לרמב"ם אין זה בעליו עמו אא"כ התחיל במלאכה ממש ולא סגי בהליכה ובהכנה למלאכה.

בלא דעתיה שקליה ובלא דעתיה אותביה. לכאורה יש בזה ב' תירוצים, דבלא דעתיה שקליה הוא תירוץ בפני עצמו שהוא שואל שלא מדעת ודינו כגזול ואין בו פטור של בעליו עמו אפי' הניח את שלו מדעת בעל הבהמה. ועוד שהניח את שלו שלא מדעת בעל הבהמה ואין בעליו עמו כלל.

לא תזיל באורחא דנהר פקוד. רבא ס"ל שנאמן במגו ואביי ס"ל דהוי מגו במקום עדים. ב' דרכים נאמרו בראשונים בביאור מחלוקת אביי ורבא. ר' יהונתן כתב דרבא ס"ל שאין זה נגד עדים דהרבה ימים בשנה יש שאין שם מים. דהיינו דפליגי אי אומדנא זו דמסתמא היה שם מים דינו כעדים ולא מהני נגד זה מגו או שאינו מוכרח ומגו עדיף מאומדנא זו. הריטב"א כתב שגם רבא מודה דהוי כעדים ושמגו לא מהני נגד עדים אבל ס"ל שכיון שיש הכחשה בין נאמנות המגו לעדים מתרצין דיבוריה ואמרין שלא היה כונתו לומר שלא היה שם מים אלא שלא מתה מחמת המים. ואביי ס"ל שמגו במקום עדים כמאן דליתא ואין זה סיבה לתרץ דיבוריה. וכן כתבו הראשונים בב"ב לגבי המחלוקת בזה אומר של אבותי אם נאמן במגו נגד עדים דלכו"ע לא מהני מגו נגד עדים אלא פליגי אם מתרצים דבריו כדי שלא יהיה סתירה בין המגו לעדים או לא. ועיין בריטב"א בכתובות כ"ז: שמביא ב' פשטים אלו.

השיטמ"ק בד"ה כתב עליו הרמ"ך כתב פשט מחודש בהא דאמר אביי דהוי מגו במקום עדים שאין הכונה דהוי מגו נגד עדים אלא שזה מגו במקום שמצוים עדים. וס"ל דהדין שאמר איסי בן יהודה לקמן פ"ג. שבמקום שיש רואה אינו נאמן בשבועה אינו דין בשבועה דוקא אלא גם במגו לא סומכים על ראית המגו במקום שמצוים עדים אלא צריך דוקא עדים. ולדבריו מה שרבא חולק הוא או משום דלא ס"ל כאיסי בן יהודה כלל או דס"ל שדין זה נאמר דוקא לענין שבועה ולא לענין מגו. ועיין בקצה"ח בס' רצ"ד סק"ב שמביא שהמהרי"ט והמל"מ כתבו דמהני מגו במקום שיש רואין. וכתב הקצות שנחלקו בזה הרמב"ן ובעה"מ בב"ב ל"ג. ובדברי השיטמ"ק כאן מבואר דס"ל כדעת בעה"מ דלא מהני מגו במקום שמצוים עדים.

אך יש לעיין בדברי השיטה מהגמ' בכתובות כ"ז: שמבואר שם בעיר שכבשוה כרכום שכל הנשים שבציר דינן כשביות ואסורות לכהן. ואם יש מחבואה מותרות. ומסתפקת הגמ' באמרה לא נחבאתי ולא נטמאתי אם נאמנת במגו או לא. והגמ' מביאה ראיה לספק זה מדין זה דנהר פקוד. ובשלמא אם מחלוקת אביי ורבא הוא אם מהני מגו נגד האומדנא שיש שם מים נוחא מה שהגמ' מדמה ללא נחבאתי ולא נטמאתי שגם שם יש חזקה שנבעלה כיון שלא היתה במחבואה. אבל אם מחלוקת אביי ורבא הוא אם מהני מגו במקום רואין מה זה נוגע לשביות וכי מצוים עדים שלא זו ידה מידם ויכולים להעיד שלא נטמאה וצ"ע.

מ"ל לשקר במקום עדים. יש לעיין היכא דלא אמר שלא ילך בנהר פקוד מפני שיש שם מים אלא אמר שלא ילך במקום שיש מים, והוא הלך בדרך נהר פקוד ואומר שלא היה שם מים. דלכאורה נראה שגם בזה לא יהיה נאמן לאביי שיש אומדנא שהיה שם מים ואינו נאמן במגו נגד עדים. אך מלשון הרמב"ם משמע לכאורה שבזה יהיה נאמן שכתב בפ"ד משכירות ה"ג שאינו נאמן לומר שלא היה מים מפני ששינה מדעת הבעלים ואין אומרים מה לי לשקר במקום עדים. ומשמע לכאורה דס"ל שרק כשישנה מדעת הבעלים שאמרו לו לא ללכת בנהר פקוד והוא הלך שם, כיון שבודאי שינה ממה שאמרו הבעלים מוטל עליו להוכיח שהשינוי לא גרם למיתת הבהמה. וכשעליו להוכיח שלא היה שם מים לא סומכים על המגו, אבל אם לא שינה כלל שלא אמרו לו שלא ילך בנהר פקוד אלא רק אמרו שלא ילך במקום מים ולדבריו לא הלך במקום מים לא מוטל עליו להוכיח שלא היה שם מים בזה אין האומדנא שיש שם מים מספיק להוציא ממנו ממונו. וכן נראה קצת בלשון השיטמ"ק בשם רבינו יהונתן שכתב דרבא ס"ל דכיון שהדרך שלפעמים אין מים בנהר פקוד נאמן השוכר לומר שלא היה שם מים אע"פ ששינה ממה שציווה לו הבעלים. ומבואר שמה ששינה מדעת הבעלים הוא סיבה שלא להאמין. וא"כ יש מקום לומר שמה שלאביי אינו נאמן הוא רק מפני ששינה מצוייו הבעלים ועליו להוכיח שלא נגרם נזק ממה ששינה.

הנח לפני שומר חנם. מבואר בגמ' שאם אומר הנח לפני ש"ח ואם אמר הנח לפניך אינו שומר כלל ואם אמר הנח סתם זה בעיא דלא איפשטא. הרמב"ם כתב בפ"ב משכירות ה"ח שאם אמר הנח לפניך או הנח סתמא אינו לא ש"ח ולא ש"ש. ואף שהנח סתם הוא ספק פסק הרמב"ם לקולא דהממע"ה. והקשה הלח"מ למה סתם הרמב"ם להקל ולא כתב שזה ספק הרי לשיטתו דמהני תפיסה בספיקות יש נ"מ לענין תפיסה.

עוד כתב הרמב"ם שם בהל' י"א שאם השומר אומר שאמר הנח לפניך והבעלים מכחיש נשבע השומר הסית וכולל בשבועתו שלא שלח בה יד. והקשה הקצה"ח בס' רצ"א סק"ב כיון שלפי דברי השומר אינו שומר כלל אין בזה דין של שליחות יד שהוא דין מדיני השומרים, ויש כמה נ"מ בין שולח יד לגזל כמבואר בראשונים לעיל מ"א. ועוד בשליחות יד יש שלוח לדבר עבירה משא"כ בגזל שאינו שליחות יד. וכיון שלדבריו אינו שומר למה ישבע שלא שלח יד. וכתב הקצות שלשון הרמב"ם הוא לאו דוקא ואין כונתו לדין שליחות יד אלא מגלגל עליו שלא גנב מהפקדון. ולולא דברי הקצות היה נראה דאף ששליחות יד הוא מהחידושים של פרשת שומרים והיכא דליכא פרשת שומרים כגון עשור"ק או בעליו עמו גם דין שליחות יד אין מ"מ פשוט שאין הדין של שליחות יד תולדה מהחייב שמירה אלא דין בפנ"ע. וא"כ כל שנתן רשות לחברו להכניס ממונו לרשותו הרי זה פקדון בידו ואף שלא קיבל על עצמו לשמור ולא את האחריות של שומר מ"מ אין הכרח לומר שלא קיבל ע"ע דין שליחות יד. והשם פקדון אינו תלוי בחייב שמירה אלא במה שנתן רשות להכניס לרשותו.

המלוה את חברו על המשכון. רש"י מבאר מחלוקת ר"א ור"ע דפליגי אם סתם משכון הוא לגוביינא או לא. דר"א ס"ל דאין אדם נוטל משכון לגוביינא אלא להיות בטוח במעותיו, ורק במלוה בשטר שבל"ה הוא בטוח במעותיו ואינו חושש שמה יכפור הלוה דהא קאי שטרא בזה המשכון הוא לגוביינא ומודה ר"א שאם אבד המשכון אבדו מעותיו. ור"ע ס"ל שבכל גווני המשכון הוא לגוביינא ואם אבד המשכון אבדו מעותיו. השיטמ"ק בשם תר"פ מקשה על רש"י דלא נזכר בגמ' צד שיהיה ש"ש על המשכון מפני שהמשכון הוא לגוביינא אלא רק מדשמואל או מדר' יצחק או מדבר יוסף. וכתב ע"ז הריטב"א שאין זה קושיא על רש"י אלא אדרבה זה ראיה לרש"י דבתחילת הסוגיא לא נזכר בגמ' לא שמואל ולא ר' יצחק ולא רב יוסף, ומשמע שאפשר להבין את מחלוקת ר"א ור"ע בלי לומר דפליגי בשמואל או רב יוסף או רב יצחק. ולכן פרש"י שבה"א הגמ' למדה דפליגי אם משכון ניתן לגוביינא או לא. ואח"כ הגמ' אומרת שאפשר לפרש באופן אחר דפליגי בדשמואל או בדבר יוסף או בדבר יצחק. ולשיטת התוס' ותר"פ הגמ' כבר בתחילת הסוגיא ידעה מה שמבואר בהמשך דפליגי בדשמואל או בדבר יוסף או בדבר יצחק. ובוזה תלוי הפשט בהמשך הגמ' אפי' תימא ר"א ולא קשיא כאן שמשכנו בשעת הלואתו כאן שמשכנו שלא בשעת הלואתו, שלפי התוס' ותר"פ הגמ' בין שעת ההלואה לשלא בשעת ההלואה הוא מדר' יצחק, אבל לרש"י אין זה בגלל ר' יצחק

אלא שמה שר"א ס"ל שאינו נוטל לגוביינא הוא דוקא בשעת הלואה משא"כ שלא בשעת הלואה מודה ר"א שהמשכון הוא לגוביינא וזה הסיבה שאם אבד המשכון אבדו מעותיו. ועיין בריטב"א הובא בשיטמ"ק ד"ה אפי' תימא שכתב שאין נראה שכונת הגמ' מדר' יצחק שעדיין לא נזכר ר' יצחק בגמ' אלא הנכון כדפרש"י שהכל הולך עם סברא זו שכשנוטל לגוביינא אם אבד המשכון אבדו מעותיו.

בביאור הסברא שנזכר ברש"י שאם אבד המשכון אבדו מעותיו מפני שנוטל את המשכון לגוביינא יש ב' דרכים בראשונים. התוס' בד"ה נימא כתבו שזה מפני שאם לוקח את המשכון לגוביינא הרי זה ע"ד שאם יאבד המשכון זה יהיה פרעון החוב. וזה כסברת שמואל, אלא ששמואל מוסיף שגם אם המשכון אינו אלא קתא דמגלא ושוה הרבה פחות מהחוב מ"מ הוא סבר וקביל שזה יהיה פרעון על כל החוב. ואת זה הגמ' בתחילת הסוגיא לא ידעה, אבל כשהמשכון שוה כנגד כל החוב גם כה"א ידעו את סברת שמואל שאם אבד המשכון זה פרעון החוב. הריטב"א הובא בשיטמ"ק ד"ה והקשו כתב שמה שאם זה לגוביינא הוא אחראי על המשכון אינו מפני שמקבל ע"ד שאם יאבד יהיה זה פרעון החוב אלא כשנוטל לגוביינא הוא ש"ש משום דהוי כאילו פירש דתפיס ליה אאגריה וכשמפרש שתופס על מעותיו הוא נעשה ש"ש כההיא הנאה דתפיס ליה אאגריה.

תוד"ה דברי. כתבו לישב קושייתם על רש"י דלא רצו להעמיד את המשנה בשטר ויהיה כר"א דא"כ לא היה ר"י חולק. וכן כתבו לקמן בד"ה וכן כתבו לקמן פ"ב: ד"ה במלוה שלא רצו להעמיד את המשנה כשאין המלוה צריך למשכון שא"כ לא היה ר"י חולק. עיין במהרש"א שמקשה א"כ איך העמידו מתני' כר"א וכאן בשעת הלואה כאן שלא בשעת הלואה נאמר גם כן שא"כ לא היה ר"י חולק. עיין מש"כ בזה המהרש"א וכבר עמד בזה השיטה כאן בד"ה לימא בשם גליון ע"ש.

תוד"ה והא אידי ואידי. כתבו דאף דמבואר כאן שמה שבע"ח קונה משכון הוא רק במשכנו שלא בשעת הלואתו מ"מ מה שמלוה על המשכון אינו משמט, והוא בגלל דינו של ר' יצחק, וכן מה שמלוה את העכו"ם על חמצו עובר בכל יראה מפני שבע"ח קונה משכון הוא אפי' במשכנו בשעת הלואתו. והטעם כתבו התוס' דכיון שקונה שלא בשעת הלואתו אלים שיעבודו גם בשעת הלואתו אינו משמט וחשיב שלו לענין ב"י. הרמב"ן במלחמות בשבועות מ"ג: ובפסחים ל"א: חולק על התוס' דמה ענין משכון בשעת הלואה אצל משכון שלא בשעת הלואה ולמה מה שקונה שלא בשעת הלואה הוא סיבה שגם בשעת הלואה שאינו קונה יהיה אלים שיעבודו. ולכן כתב הרמב"ן דמה שמבואר בסמוך שבע"ח קונה משכון מדר"י רק שלא בשעת הלואה לא נאמר באופן מוחלט אלא דרך דיחוי וספק ובגמ' בגיטין ובפסחים פשוטו שגם בשעת הלואה בע"ח קונה משכון מדר"י וכן הלכה לדעת הרמב"ן.

בביאור דברי התוס' שהקנין משכון שלא בשעת הלואה גורם שיהיה אלים שיעבודו גם בשעת הלואה מבאר הקה"י בקידושין ס' י"ח ע"פ דברי הש"ך בס' ע"ב סק"ט שמבאר הנ"מ בין משכון שלא בשעת הלואה למשכון בשעת הלואה. שמשכון שניתן בשעת הלואה אינו ניתן בתורת פרעון שדעתו לגבות משאר נכסים, אבל כשמגיע זמן הפרעון ואין הלוה משלם ולוקח המלוה משכון עיקר דעתו על המשכון, ועל משכון כזה ילפינן מקרא דבע"ח קונה משכון. ולפ"ז מחדש הש"ך שגם משכון שניתן בשעת הלואה, כשמגיע זמן הפרעון ואין הלוה משלם נהפך המשכון להיות כדין משכון שלא בשעת הלואה ויהיה בזה דין של בע"ח קונה משכון. ומבאר הקה"י שלפי דברי הש"ך שגם משכון שניתן בשעת הלואה יכול מאליו לקבל דין של משכון שמשכנו שלא בשעת הלואה לכן גם משכון זה אף שעדיין אין בו קנין מ"מ אלים שיעבודיה.

עוד כתבו התוס' דמבואר בפסחים שעכו"ם שהלוה לישראל על חמצו, אילו עכו"ם היה קונה משכון מישראל לא היה הישראל עובר בב"י מחמת קנינו של העכו"ם. וגם ע"ז כתבו התוס' דאיידי גם בשעת הלואה דכשם שמהני מה שאלים שיעבודו של הישראל בחמצו של גוי שיעבור הישראל כך מהני מה שאלים שיעבודו של הגוי שלא יעבור הישראל בב"י. וזה לכאורה אינו מובן דאף שאלים שיעבודו מ"מ עיקר הבעלות הוא של הלוה. ואף דסגי באלים שיעבודו לענין לעבור שגם לו יש משהו אבל אין האלים שיעבודו של הגוי יפטור את הישראל בזמן שעיקר הבעלות הוא של הישראל. אך כונת התוס' הוא דכיון שאין החמץ ברשות הישראל אלא בבית העכו"ם מהני מה שאלים שיעבודו של העכו"ם שלא יחשב חמץ זה מצוי אצל ישראל. אבל פשוט שאם היה החמץ בבית הישראל לא היה האלים שיעבודו של הגוי יכול לפטור את הישראל מב"י. אך מה שהביאו התוס' ראייה לזה מיחד לו בית לכאורה אינו מובן. דאיתא בפסחים שם דעכו"ם שהפקיד חמץ אצל ישראל עובר הישראל בב"י כיון שקיבל אחריות על החמץ. ואם יחד הישראל בית לעכו"ם אין הישראל עובר בב"י. רש"י שם מפרש שיחד לו בית היינו שאמר לו הנח לפניך ולא קיבל אחריות לכן אינו עובר. ולרש"י בודאי אין ראייה משם לחי' התוס'. התוס' כאן אזלו לשיטתם שפרשו שם דיחד בית פוטר גם כשהישראל קיבל אחריות, ואף שאחריות הוא סיבה לעבור בב"י מ"מ כשיחד בית אינו עובר, ומזה למדו התוס' שגם מה שאלים שיעבודו של העכו"ם הוא סיבה שלא יעבור הישראל אם אין החמץ ברשות הישראל ואינו מצוי תחת ידו. אמנם גם לשיטת התוס' שם אין ראיתם כאן מוכרחת, דמה שכתבו שחמץ של עכו"ם שישאל קיבל עליו אחריות חשיב לגמרי כשל ישראל אינו כפשוטו שבחמץ של ישראל ממש בודאי לא מהני יחוד בית, דרוב הפוסקים ס"ל שאפי' אם החמץ הוא לגמרי בבית העכו"ם הישראל עובר מן התורה אם החמץ הוא שלו, ואפי' החולקים [עיי' ביאור הלכה ס' ת"מ ד"ה עובר] היינו רק כשנמצא בבית העכו"ם אבל יחוד מקום אינו אלא כשכירות וזה בודאי לא מהני בחמץ של ישראל. ומה שמהני יחוד בית הוא רק בחמץ של עכו"ם שישאל קיבל עליו אחריות שאינו שלו ממש, בזה אינו עובר אא"כ זה ברשותו ממש. ומה שתוס' מוכיח משם הוא רק דכמו דחזינן שיחוד בית מהני בחמץ שקיבל עליו אחריות כך בית העכו"ם ממש יועיל בצירוף עם האלים שיעבודו של העכו"ם. אבל הכרח לכאורה אין משם דשאני התם שאינו של ישראל קנין גמור משא"כ כאן אף דאלים שיעבוד העכו"ם מ"מ הבעלות הוא לגמרי של הישראל ומנין שגם בזה מהני מה שנמצא בבית העכו"ם שלא יחשב מצוי אצל הישראל.

בדשמואל קא מיפלגי. שיטת התוס' דשמואל הוא סיבה מצד עצמו לאחריות על המשכון ואפי' מאן דלית ליה דרב יוסף ולית ליה דרב יצחק מ"מ אם אית ליה דשמואל אם אבד המשכון הוא מפסיד מעותיו שהמלוה מקבל את המשכון ע"ד שאם יאבד זה יהיה פרעון החוב. ומה"ט כתבו התוס' בד"ה לא שא"א לגרוס כו"ע אית להו דשמואל ופליגי בדר"י או בדרב יוסף שאפי' אם ר"א לית ליה דר"י או דרב יוסף מ"מ אמאי אינו מפסיד מכת דינו של שמואל. וכן מבואר בדבריהם בד"ה לימא

שכתבו שרבה יפרש מחלוקת ר"א ור"ע דפליגי בדשמואל, ולר"ע אבדו מעותיו אף דלית ליה דרב יוסף, ודר"י ליתא בשעת הלואה, מ"מ מפסיד מדשמואל.

שיטת הרמב"ן כאן ובחי' הר"ן בשבועות מ"ג: בשם הרמב"ן אינה כן, אלא ס"ל ששמואל אינו דבר בפנ"ע אלא ששמואל מחדש שאם נאבד המשכון באופן שהאחריות הוא על המלוה אין המלוה מפסיד רק לפי ערך המשכון אלא אפי' שהמשכון הוא קתא דמגלא ושוה הרבה פחות מהחוב הוא מפסיד את כל החוב. ואם הוא ש"ש על המשכון מדרב יוסף או מדר"י אין אחריותו רק כנגדו אלא כנגד כל החוב. ואם אינו אלא ש"ח על המשכון ונאבד המשכון בפשיעתו לשמואל הוא יפסיד את כל חובו גם מה שיותר על דמי המשכון. דלענין זה אמרינן סבר וקביל שאותו אחריות שיש לו בל"ה כנגד המשכון יש לו כנגד כל החוב. אבל אם אין סיבה לאחריות על המשכון גם לשמואל לא יפסיד כלום. ומה"ט חולק הרמב"ן על התוס' בד"ה לא וכתב שהגמ' יכלה לומר כו"ע אית להו דשמואל ופליגי בדרי"י או בדרב יוסף. שלר"א דלית ליה דרב יוסף ודר"י אם נאבד המשכון שלא בפשיעתו לא יפסיד כלום אפי' אי אית ליה דשמואל. ומזה שלא אמרו כו"ע אית להו דשמואל כתב הרמב"ן שמוכח דלא קי"ל כשמואל ע"ש. ולדברי הרמב"ן אין מקום לדברי התוס' בד"ה לימא, דרבה לא יכול לומר דכו"ע ס"ל כוותיה ופליגי בדשמואל ששמואל אינו סיבה לאחריות אא"כ יש סיבה אחרת אז הדין של שמואל מוסיף מה שהחוב יותר על ערך המשכון.

הנ"מ בין אם האחריות על המשכון הוא מדרב יוסף או מדשמואל הוא לענין מה שהחוב יותר על ערך המשכון, שלשמואל הוא מפסיד את כל החוב ולרב יוסף רק כנגד ערך המשכון. רע"א כתב עוד נ"מ לענין בעליו עמו, שאם האחריות הוא מדרב יוסף יהיה בזה דין של בעליו עמו ולשמואל שאין האחריות מדין שומר אין בזה פטור של בעליו עמו. וכל זה לשיטת התוס' אבל לרמב"ן אין קיום לדברי שמואל בלי רב יוסף או רב יצחק ואם על הדין של רב יוסף יש פטור של בעליו עמו ממילא גם לשמואל לא יפסיד חובו.

בע"ח קונה משכון. כתב רש"י שקונה לכל מילי להתחייב באונסין. והתוס' בד"ה אימור חולקים וס"ל שאינו אלא ש"ש, שגם לר' יצחק אין לו קנין גמור במשכון אלא דאהני קנינו שיכול לקדש בו אשה ובהיא הנאה שיכול לקדש בזה אשה הוא נעשה ש"ש. הש"ך בס' ע"ב סק"ט מאריך להכריע בזה כשיטת רש"י שקונה קנין גמור אפי' לענין אונסין. ובתחילת דבריו מקשה הש"ך על התוס' ג' קושיות. א. לשוננו של ר' יצחק בע"ח קונה משכון משמע שזה קנין גמור. ב. אם אינו קנין מהו לשון הפסוק ולך תהיה צדקה שמשמעותו הוא שהוא נותן ללוה דבר שלו. ג. אם אינו קנין אמאי הוי ש"ש. ועל מה שכתבו התוס' שהוא ש"ש מפני שנהנה שיכול לקדש בו אשה כתב הש"ך דהיא גופא למה, איך יכול לקדש בזה אשה אם אין המשכון שלו. ויש להוסיף שאם גם לר' יצחק אין לו קנין במשכון מה יש למלוה לר' יצחק יותר ממה שיש לו בלי ר' יצחק. הרי גם מאן דלית ליה דר"י מודה שיש שיעבוד על המשכון ויכול לעכב את המשכון על מעותיו, וגם לר"י אין לו יותר מזה ומה הוסיף ר"י מקרא דולך תהיה צדקה.

שיטת התוס' בזה מתבאר היטב ע"פ דברי הר"י מגש בשבועות מ"ג: שכתב שהדין של בע"ח קונה משכון הוא שיש למלוה קנין בגוף המשכון לענין לעכב את המשכון על מעותיו אבל אין זה קנין בגוף המשכון, ור' יצחק חידש שהמשכון קנוי לו לענין זה כקנין דקל לפירות, דכמו שיש קנין בעבד לקנס וקנין בפרה לכפילא כך יש קנין במשכון לענין להחזיק בו כמשכון, ולענין זה המשכון הוא שלו אף שלשאר ענינים המשכון הוא של הלוה. ולפ"ז מתישבים לכאורה כל קושיותיו של הש"ך, דלכל מילי המשכון הוא של הלוה כבתחילה ולכן אם אבד המשכון באונס זה פסידא דלוה כיון שהמשכון הוא ממונו, וכמו שעבד לקנס אם נאבד זה פסידא דבעליו כך כאן זה פסידא דלוה. אך כיון שהמשכון קנוי למלוה כקנין דקל לפירות לענין לעכבו על מעותיו ניהא לשוננו של ר"י בע"ח קונה משכון, וניהא לשון הפסוק ולך תהיה צדקה שהוא נותן דבר שיש לו בו קנין. וניהא נמי מה שיכול לקדש בו אשה דכיון שקנוי לו לדבר זה יכול לקדש בקנין זה, וכמו שמי שיש לו עבד לקנס יכול לקדש אשה בקנין שיש לו בעבד כך כאן המלוה יכול לקדש בקנין שיש לו במשכון. וכיון שיש לו הנאה מזה שיכול לקדש בזה אשה ממילא הוא נעשה ש"ש על כל הממון מפני ההנאה שיש לו מזה שהממון נמצא ברשותו. אבל בלי ההנאה אין הקנין סיבה לאחריות כיון שאינו שלו אלא לדבר אחד מסוים. וזהו עיקר החידוש שחידש ר"י שזכותו לעכב את המשכון אינו שיעבוד וזכות בלבד אלא שהמשכון קנוי לו לענין זה.

פרוטה דר"י. הנ"י מביא שהראב"ד הקשה אמאי הוי המלוה על המשכון ש"ש בגלל פרוטה דר"י הרי אינו מקיים מצוה אלא בשעת ההלואה ואינו דומה לשומר אבידה שעוסק במצוה כל זמן שמטפל באבידה. ותי' הראב"ד שגם במלוה על המשכון יש כל הזמן סיבה להיות ש"ש מפני שממתין לו ואינו מוכר המשכון ליפרע ממנו. וכתב ע"ז הנ"י בשם הרשב"א שמדברי הראב"ד למדנו שהמלוה פטור מלמיתב ריפתא לעניא כל זמן שהמשכון בביתו. ועל עיקר קושיתו כתב הרשב"א דכיון שבשעת ההלואה שהוא שעת נטילת המשכון היה עוסק במצוה והיה פטור מלתת פרוטה לעני סגי בהנאה זו לעשותו ש"ש לכל זמן שהמשכון בידו אף שאח"כ כבר אינו עוסק במצוה ואינו פטור מצדקה. בתוס' בשבועות מ"ד: וכן בריטב"א כאן מבואר שנחשב עוסק במצוה מחמת הטיפול שמטפל במשכון. ומקשה הריטב"א ע"ז אמאי נחשב הטיפול במשכון למצוה יותר מכל ש"ח שמטפל בפקדון ואינו נעשה ע"ז ש"ש. וכתב שש"ח אף שיש לו הנאה זו אנן סהדי דלא נחת אלא על דעת להיות ש"ח ואע"פ שלא פירש כמי שפירש דמי אבל אבידה שבאה לו שלא לדעת הבעלים ולא באה לו משום שמירה אלא משום מצוה וכן במשכון שלא בא לו אלא משום מצוה אני אומר דדעתו להיות ש"ש בפרוטה דר"י א"נ שתנאי ב"ד הוא שיהא בכך. ויוצא מדברי הריטב"א שבאמת כל ש"ח נחשב עוסק במצוה ופטור מלמיתב ריפתא לעניא בשעה שמטפל בפקדון אלא שאינו נעשה ש"ש בכך מפני שיש אומדנא שאינו מוכן להיות ש"ש בשביל הנאה מועטת, משא"כ שומר אבידה שנוטל משום מצוה דעתו להיות ש"ש בהנאה זו א"נ ששם אינו תלוי בדעתו דרחמנא שיעבדיה בע"כ.

הנתיבות בס' ע"ב סק"ז כתב שמה שהטיפול נחשב מצוה לענין עוסק במצוה הוא רק כשהכניס עצמו למצב זה שיצטרך לטפל מחמת מצוה של השבת אבידה או מצות ההלואה. בזה גם הטיפול שבא לו מחמת המצוה הוי מצוה לפטור מצדקה, משא"כ ש"ח שלא נכנס לעסק זה מחמת מצוה אין הטיפול בפקדון נחשב מצוה לענין עוסק במצוה. ומה שאין המצוה של חסד

שעושה כששומר בחנם נחשב עוסק במצוה עיין בספר אהבת חסד בפ"א בנתיב החסד אות ז' שאין זה מצוה גמורה. ולכאורה הכונה היא שאין מצוה מיוחדת על פעולה מסוימת זו אלא שזה אופן לקיים והלכת בדרכיו. ולענין עוסק במצוה בעינין שיהיה ציווי על מעשה מסוים זה כגון מצות השבת אבידה או הלואה. נמצא שלריטב"א גם ש"ח הוא עוסק במצוה ופטור מצדקה אלא שאינו נעשה ש"ש בכך. ולנתיבות אין לו דין של עוסק במצוה כלל.

בב"ק נ"ו: נאמרו ב' סברות בביאור דברי רב יוסף ששומר אבידה הוא ש"ש. א. משום פרוטה דר"י. ב. משום דרחמנא שיעבדיה בע"כ. והטעם השני אינו מוכן מה בכך דרחמנא שיעבדיה בע"כ למה זה סיבה שיהיה ש"ש ולא ש"ח. וכמה דרכים נאמרו בזה. הפני"ב בב"מ כ"ט כתב שכונת הגמ' שעצם זה שמקיים מצוה הוא הנאה וזה גורם שיהיה ש"ש ולא מפני שנפטר מריפתא לעניא. האור"ש בפ"י משכירות ה"א מבאר ע"פ דברי המחנ"א בשומרים ס' י"ח שכתב שיש הבדל בין גדר חיובו של ש"ח לשל ש"ש. ש"ח חיובו רק שלא לפשוט אבל אין עליו חיוב לעשות שמירה וטיפול בקום ועשה, משא"כ ש"ש חייב בעצמו לעמוד ולשמור ביום ובלילה. וא"כ מזה שהתורה הטילה על שומר אבידה גם טיפול באבידה כמו שלומדים מזה שבטו לו ראה היאך תשיבנו לו שלפעמים צריך למכור את האבידה וכן שצריך לשוטח לצורכה מוכח שגדר חיובו הוא כשל ש"ש ולא כש"ח. וזה כונת הגמ' דרחמנא שיעבדיה בע"כ שמאופן החיוב שהתורה הטילה על שומר אבידה מוכח שהוא ש"ש. האבי עזרי כפ"י מגו"א הי"ז ד"ה ואפשר כתב שאין הטעם של רחמנא שיעבדיה בע"כ טעם בפנ"ע אלא הוספה על הטעם של פרוטה דר"י. דפרוטה דר"י לבד אינו מספיק דאף שיש לו הנאה מ"מ בודאי אין רצונו להיות ש"ש בשביל הנאה מועטת זו. ע"ז אמרו דכיון שאין הדבר תלוי בדעתו שהרי רחמנא שיעבדיה בע"כ לכן כיון שיש לו הנאה זו של פרוטה דר"י הרי הוא ש"ש. ויש סמך לדברים אלו בדברי הריטב"א הנ"ל שכתב שבכל ש"ח יש הנאה זו של פרוטה דר"י ואעפ"כ אינו נעשה ש"ש ע"י כיון שאין רצונו להיות ש"ש בשביל זה אלא רק שומר אבידה נעשה ש"ש בזה שתנאי כ"ד הוא שיהיה ש"ש בכך.

נמצא ג' דרכים בהא דמלוה על המשכון אית ליה הנאה דפרוטה דר"י. א. לתוס' בשבועות ולריטב"א הטיפול במשכון הוא מצוה. ב. לרשב"א רק בשעת ההלואה הוא נחשב עוסק במצוה וסגי בהנאה של שעת ההלואה שיהיה ש"ש כל זמן שהמשכון בידו. ג. לראב"ד המצוה היא מה שאינו מוכר את המשכון לגבות בו חובו. בדברי הראב"ד מבואר לכאורה דס"ל שגם קיום מצוה בשב ואל תעשה פטור מן המצוה. וזה דלא כתוס' בב"ק נ"ו. שכתבו שאין פטור של עוסק במצוה אלא כשא"א לקיים שניהם. וגם הר"ן בסוכה כ"ו. שחולק על התוס' וס"ל שגם כשיכול לקיים שניהם הוא פטור מ"מ מודה דבעינן שיהיה עוסק במצוה ואם אינו עוסק אף שמקיים מצוה לית ליה פטור של עוסק במצוה. ובראב"ד משמע לכאורה שאפי' עוסק לא בעינן. ועיין בשיטמ"ק בב"ק נ"ו: שכתב על דברי התוס' הנ"ל שהרשב"א כתב שמדברי הראב"ד בב"מ פ"ב: מוכח שחולק על התוס'. אך צ"ע מה יענה הראב"ד על שאלת התוס' שם דאטו מי שיש לו תפילין בראשו ומזוזה בפתחו יפטר מן המצוה.

במלוה צריך למשכון. רש"י מפרש שצריך למשכון להשתמש בו ולפחות מן החוב. וצ"ב שא"כ הוא ממש שוכר שמשתמש ומשלם עבור השימוש ע"י שמנכה מן החוב ומה סברת המ"ד שאינו ש"ש הרי קי"ל ששוכר כש"ש. ועיין בש"ך בס' ע"ב סק"ד וסקי"א שכתב דאיירי שלא התנה שלוקח ע"מ להשתמש שא"כ היה דינו כשוכר והיה ש"ש לכו"ע אלא דעתו להשתמש ולנכות מן החוב וכיון שלא קנוי לו להשתמש אינו שוכר כ"ז שלא השתמש ואינו ש"ש אלא רק מכח פרוטה דר"י למאן דסבר שגם בכה"ג איכא מצוה. הנתיבות שם סק"ג כתב שגם אם התנה לא תמיד יש לו דין שוכר ותלוי באיזה אופן היה התנאי. שאם מתנה שהוא מנכה סכום מסוים עבור זכות שיש לו להשתמש לזמן מסוים, והוא חייב לנכות גם אם בפועל לא ישתמש אז הוא שוכר ממש ולא צריך להגיע לפרוטה דר"י. אבל אם מתנה שאם ירצה להשתמש ישתמש וינכה מן החוב ואם לא ישתמש לא ינכה א"כ כ"ז שאינו משתמש אינו שוכר ואינו כש"ש אלא רק מכח פרוטה דר"י.

לאו מצוה קעביד. לרש"י מה דסבר ר"א דאינו מצוה הוא מפני שאין כונתו לשם מצוה אלא כדי שיוכל להשתמש במשכון. ואין הפשט בזה דר"א ס"ל דבכה"ג אינו מקיים מצוה שגם כשעושה שלא לשמה יש מצוה בהלואה, אך כדי שיהיה פטור של עוסק במצוה לא מספיק שמקיים מצוה שגם מי שיש לו מזוזה בפתחו מקיים מצוה ומ"מ אין לו דין של עוסק במצוה דהכא תלוי במה שהוא עוסק במצוה ולא במה שהוא מקיים מצוה. ולגבי זה סובר ר"א שאם אין כונתו למצוה אף שהוא מקיים מצוה מ"מ אין זה נחשב שעיסוקו הוא במצוה ואין לו פטור ממצוה אחרת.

בסוכה כ"ו. מבואר שכותבי תפילין ומזוזות, הן ותגריהם פטורים מן המצות מדין עוסק במצוה. וכתב שם רש"י שתגרי תפילין היינו הלוקחים כדי למכור ולהמציאם לצריך להם. ומדייק המג"א בס' ל"ח סק"ח מלשון רש"י שאם עיקר כונתו אינו לשם מצוה כדי להמציאם לצריך להם אלא לצורך פרנסתו אין לו דין עוסק במצוה ואינו פטור ממצוה אחרת. והקשה ע"ז הביאור הלכה שם דנחלקו בזה ר"א ור"ע כאן והלכה כר"ע שגם בכה"ג הוא נחשב עוסק במצוה. ובהמשך דבריו מחלק הביאה"ל לענין זה בין כותבי תפילין שעוסק במצוה ממש שנחשב עוסק במצוה אפי' אם כונתו לפרנסתו לבין תגרי תפילין שאינו מעשה מצוה אלא כל מה שנותן לזה דין מצוה הוא הכונה להמציאם לצריך להם, בזה אם אין כונתו לשם מצוה אינו נחשב עוסק במצוה ע"ש.

תוד"ה אימור. הקשו התוס' אמאי מבואר בפסחים שישראל שמלוה לעכו"ם על חמצו עובר בב"י רק מכח ר' יצחק ת"ל שבל"ה יש לו אחריות על המשכון מדשמואל. וכתבו שלרש"י ניהא די"ל דלא סגי באחריות של ש"ח ולא של ש"ש אלא בעינן דוקא אחריות של אונסין. ולכן לא סגי בדשמואל שאין האחריות מכח דינו של שמואל אלא לענין גו"א, אבל לר' יצחק שקונה משכון לשיטת רש"י יש לו אחריות אונסין ולכן עובר בב"י. ומה שכתבו בתחילת דבריהם שלרש"י צ"ל דבעינן אחריות אונסין אין הכונה שקשה להם על רש"י דוקא ששאלתם אינה דוקא לרש"י אלא אדרבה תירוצם הוא לרש"י אבל לשטתם שגם ר' יצחק אינו אלא אחריות כש"ש לכאורה א"א לומר דבעינן אחריות אונסין דא"כ גם אחרי ר' יצחק לא יעבור. ולכן חזרו והקשו לשיטתם. ות"י שלר"י לא צריך להגיע לדין אחריות שעובר מחמת הקנין שיש לו מדין חמץ של ישראל ולא מדין חמץ של עכו"ם שישראל קיבל עליו אחריות. עיקר שיטת התוס' שמדרי"א אינו אלא ש"ש כבר נתבאר בס"ד לעיל עמ' א'.

לשיטת התוס' דר"י אינו קנין גמור ואינו אלא ש"ש מפני שיכול לקדש בזה אשה כתבו התוס' דע"כ צ"ל שמה שמבואר בקידושין ח: שאפשר לקדש אשה במשכון דאחרים מדרי"א שבע"ח קונה משכון זה דוקא במשכנו שלא בשעת הלואה. שאם

נאמר שיכול לקדש גם בשעת הלואה אף שאינו קונה לגמרי מ"מ אלים שיעבודו א"כ גם בשעת הלואה יהיה ש"ש בהנאה שיש לו שיכול לקדש בזה אשה, והרי מפורש בסוגיין דאינו ש"ש אלא במשכנו שלא בשעת הלואה. התוס' בקידושין לא ס"ל כן שכתבו בדף ח: שגם בשעת הלואה אף דאינו קונה ממש מ"מ גם בזה אלים שיעבודו ומהני לקידושין. וצריך להבין א"כ אמאי אינו ש"ש בשעת הלואה הרי כל מה שעושה אותו ש"ש הוא מה שיכול לקדש אשה וזה קיים גם בשעת הלואה. ועיין בנתיבות בס' ע"ב סק"ה שבתוך דבריו מבאר ענין זה דמחלוקת התוס' כאן והתוס' בקידושין תלוי בהמשך דברי התוס' כאן. שהקשו התוס' איזה הנאה יש לו ממה שיכול לקדש אשה במשכון הרי גם אם לא היה מלוה ולא היה מקבל משכון היה יכול לקדש אשה במעותיו, וכשמחליף מעותיו במשכון אינו נהנה מהמשכון. וכתבו ב' תירוצים. א. כשלוקח משכון שלא בשעת הלואה כבר אין המעות בידו ואז בודאי יש לו הנאה מקבלת המשכון שיכול לקדש בזה אשה ואילו במעותיו אינו יכול לקדש כיון שכבר אינם בידו. ב. יש הנאה שיכול לקנות במשכון שהוא כלי בקנין חליפין ואת זה אינו יכול לעשות במעותיו. ומבאר הנתיבות שהתוס' בקידושין ס"ל כתי' הראשון שההנאה היא מה שיכול לקדש אשה ולא מה שיכול לעשות בזה חליפין, ולכן ס"ל שאע"פ שיכול לקדש גם במשכנו בשעת הלואה מ"מ הנאה יש לו מזה רק שלא בשעת הלואה שאז המעות כבר אינם בידו ולכן רק שלא בשעת הלואה הוא ש"ש. אבל התוס' כאן ס"ל שיש גם את ההנאה שיכול לקנות במשכון בחליפין ואם יכול לקדש במשכנו בשעת הלואה יכול גם לקנות בחליפין והיה צריך להיות ש"ש גם בשעת הלואה שהנאה זו אינו יכול לקבל ממעותיו. ומה שהתוס' בקידושין אינם סוברים הנאת חליפין מבאר הנתיבות שם דאטו בגברא ערטילאי עסקינן שאין לו סודר לקנות בו. והאב"מ בס' כ"ח סק"ט כתב שהתוס' שם ס"ל שא"א לעשות חליפין במשכון דאינו קנין גמור כמו ש"א שבסודר שאול א"א לעשות חליפין.

נמצא דאיכא ד' דינים מכח הקנין משכון דר"י. א. הוא חייב באחריות המשכון. ב. אין שביעית משמטת. ג. עובר בב"י בהלוה לעכו"ם על חמצו. ד. יכול לקדש בו אשה. לגבי אחריות על המשכון מפורש כאן לשיטת התוס' [ודלא כרמב"ן] שזה רק במשכנו שלא בשעת ההלואה. לגבי ב"י ושביעית כתבו התוס' לעיל שגם בשעת הלואה דאלים שיעבודו. לענין קידושין התוס' כאן ס"ל שלא מועיל אלים שיעבודו ויכול לקדש רק כשמשכן שלא בשעת הלואה. התוס' בקידושין ס"ל שגם בזה מהני אלים שיעבודו.

בעיקר קושית התוס' למה צריך להגיע לר' יצחק כדי לעבור בב"י ת"ל שיש לו אחריות מדשמואל והוכיחו מזה דלא סגי באחריות של ש"ש אלא בעינן אחריות אונסין, הקשו הפוסקים דקשיא הלכתא אהלכתא שבאו"ח ס' ת"מ הובא ב' דעות לגבי אחריות על חמץ של עכו"ם, י"א דסגי באחריות של ש"ח וי"א דבעינן אחריות של ש"ש, ולא נזכר שיטה שצריך אחריות אונסין. ומאידך הרמ"א בחו"מ ס' ע"ב סע' ב' מביא י"א דק"ל כשמואל. וגם המחבר מזכיר שיטת שמואל בס' ס"ז סע' י"ב. וכן קשה על הרא"ש שפוסק בשבועות כשמואל, ובפסחים פ"ק ס' ד' מביא הרא"ש מחלוקת אם צריך אחריות של ש"ש או סגי בשל ש"ח ולא הזכיר שיטה שצריך אחריות אונסין. וקשיא לדידהו אמאי צריך להגיע לדר"י כדי לעבור בב"י ת"ל מדשמואל. וכמה דרכים נאמרו באחרונים בשוב שאלה זו.

א. רע"א כאן כתב דנחלקו המג"א והח"י אם מה שאסרו חז"ל חמץ שעבר עליו הפסח הוא דוקא בחמץ של ישראל או גם בחמץ של עכו"ם שישאל קיבל עליו אחריות. ולשיטת הח"י שחמץ של עכו"ם שבאחריות ישראל אינו נאסר אחר הפסח כתב רע"א דלא קשה קושית התוס'. שהמשנה בפסחים במלוה לעכו"ם על חמצו לא דברה לענין ב"י אלא לענין אם החמץ אסור אחר הפסח או לא ולזה בעינן דוקא שיהיה קנינו של הישראל ולא סגי לזה באחריות, ולכן צריך להגיע לדר"י ולא סגי בשמואל ששמואל אינו קנין אלא רק אחריות וזה מספיק לב"י ולא לאסור אחר הפסח.

ב. התומים בס' ע"ב סק"ג כתב שהדין של שמואל שסבר וקיבל אינו שמקבל שאם יאבד יהיה זה פרעון החוב אלא הסבר וקיבל הוא שהוא מקבל אחריות על המשכון כדן ש"ש ואם יאבד באופן שש"ש חייב עליו יפסיד כל חובו. וכיון שגם הדין של שמואל שייך לפרשת שומרים אין דין זה במשכון של עכו"ם שאין דיני שמירה על ממון של עכו"ם ולכן צריך להגיע לדר"י. לדבריו נראה מה שהאחריות מדשמואל הוא כדן ש"ש, דלפי הפשט הפשוט שזה דין של סבר וקיבל לא מוכן אמאי הוי אחריותו כדן ש"ש. ומה שהובא לעיל שרע"א כתב שהדין של שמואל הוא אפי' בבעליו עמו לדעת התומים גם הדין של שמואל הוא מדין שומרים ובבעליו עמו לא יהיה דין זה.

ג. יש מן האחרונים שכתבו עוד שמה שאחריות על חמץ של עכו"ם גורם שיעבור על ב"י הוא רק אם הוא אחראי על החמץ אבל מה שמסיבה צדדית הוא יפסיד אם יאבד החמץ אינו נחשב אחריות לענין ב"י. וראיה לזה מהשיטתם בב"ק צ"ז: שגזלן אינו עובר בב"י כיון שאינו שלו ואמאי אינו עובר מכח אחריות שגזלן חייב באונסין. אלא שאין זה אחריות שאינו משלם על מה שאבד החמץ אלא מפני שמעשה הגניבה מחייב להשיב את החפץ או את דמיו ואין חיובו מפני שנאבד אלא מפני שגזל. וכן הדין של שמואל אינו חיוב אחריות על החמץ אלא הוי כהתנו שאם יאבד המשכון זה יהיה פרעון החוב, ולזה אין דין אחריות לענין ב"י ולכן צריך להגיע לדר"י.

בסוף דבריהם כתבו התוס' שמה שעובר מדר"י אינו מדין אחריות דלשיטתם אין האחריות מדר"י אלא כש"ש ולב"י בעינן אחריות של אונסין, אלא עובר מדין חמץ של ישראל מחמת הקנין שיש לו במשכון. לכאורה בלי"ה מוכח שעובר מחמת הקנין ולא מחמת האחריות, שהרי הוכיחו לעיל שעובר בב"י גם בשעת הלואה מכח אלים שיעבודיה, ומפורש בגמ' לעיל שאחריות אין מדר"י אלא שלא בשעת הלואה ואם עובר מכח אחריות אין יתכן שעובר בשעת הלואה שאין אחריות, אלא מוכח שאינו עובר מחמת אחריות אלא מחמת הקנין ולזה לא בעינן קנין גמור אלא סגי באלים שיעבודו. וצ"ב איך תוס' הבינו בתחילה שעובר לר' יצחק מכח אחריות דא"כ קשה אמאי עובר בשעת הלואה הרי אין אחריות.

המעביר חבית ממקום למקום ושבחה בין ש"ח בין ש"ש ישבע דברי ר"מ. לשיטת ר"א דאמר תברא מי ששנה זו לא שנה זו דהיינו דאיכא תנאי אליבא דר"מ יוצא שיש ג' שיטות לענין נתקל. א. ר"מ דמתני' ס"ל שנתקל הוא אונס ואפי' ש"ש אינו חייב ע"ז. ומה שאמרו למימרא דסבר ר"מ נתקל לאו פושע הוא עיין בשיטה בשם הר"ן והרשב"א דזה לאו דוקא דמוכח שזה אונס ולא רק שאינו פשיעה אבל בשביל קושית הגמ' מהברייתא סגי לומר דלאו פושע הוא דשם מוכח שזה פשיעה. ב. ר"מ

דברייתא ס"ל דהוי פשיעה וחייב גם על הבור שנוצר מחמת שנתקל, ולדבריו גם ש"ח יהיה חייב. גר"י ס"ל שאין זה פשיעה ולא אונס אלא כעין גורא, וש"ח פטור וש"ח חייב. לשיטת רחב"א אין תנא שסובר שנתקל הוא אונס אלא ר"מ ס"ל שזה פשיעה ומדינא גם ש"ח חייב ותקנו חכמים לפטור ש"ח וגם ש"ש ובכלל תקנ"ח שאפי' שינה ממנהגו ואיכא פשיעה ממש הוא פטור כמבואר בתוד"ה מאי. ור"י ס"ל דהוי כעין גורא וש"ח פטור וש"ח חייב. להלכה פסקו הרי"ף והרא"ש במקצת כר"י ובמקצת כר"מ אליבא דרחב"א. דלענין נתקל קי"ל כר"י שאינו פשיעה וש"ח פטור מדינא. ולגבי ש"ש מדינא היה צריך להיות חייב וע"ז היה תקנ"ח לפטור ש"ש. וכיון שקי"ל שנתקל אינו פושע ולגבי זה לא צריך להגיע לתקנ"ח התקנה היתה רק לפטור ש"ש בנתקל אבל היכא דשינה ופשע ליכא תקנ"ח ובין ש"ח בין ש"ש חייבים. ולכן להלכה אין נוסח השבועה שלא בכוונה שברתיה אלא שלא פשעתי. וכן פסק הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ב. וראיית הרי"ף הוא ממה דמבואר בסמוך בעובדא ברסתקא דמחוזא דאמר רבא זיל אייתי ראיא דלא פשעת [כך גרסת הרי"ף כמבואר בהגהת הגר"א] ומבואר שאם פשע היה חייב. וכן מבואר בהמשך הגמ' בהגו דדרו באגרא ובדיגלא וכן בהגו שקולאי דהיכא דאיכא פשיעה חייבים לשלם.

תוד"ה וסבר ר"מ. כתבו התוס' דלכאורה הגמ' יכלה להקשות נמי דר"י אדר"י. דהכא מחייב ר"י ש"ש דס"ל שנתקל אינו אונס ושם אינו מחייב כשנשברה כדו ולא סילקה. וכתבו דהא לא קשיא דאף שאין זה אונס מ"מ כיון שזה גם לא פשיעה אין לחייב על הבור דלא חשיב בור אלא כשנעשה ע"י פשיעה. והביאו ראיא שאין חיוב על בור כשנעשה שלא ע"י פשיעה מזה דמבואר בב"ק כ"ט. שאם הניח קנקנים על הגג ונפלו ברוח שאינה מצויה אינו חייב על הבור שנוצר ע"י נפילת הקנקנים. הנה זה פשוט שבור הוא מהדברים שהתורה מיעטה בשמירתן וסגי בכיסוי שיכולה לעמוד ברוח מצויה כמבואר בריש הכונס ולא ע"ז הביאו התוס' ראיא. דהתם איירי לענין שמירת הבור והתוס' איירי לענין עשיית הבור. ובזה היה לתוס' צד לומר שאם נעשה הבור שלא ע"י אונס אף שלא היה פשיעה גמורה יהיה אחראי על הבור אם יפשע אח"כ בשמירתו. וע"ז הביאו ראיא מקנקנים שנפלו מן הגג ברוח שא"מ שאין הוא אחראי על בור זה כיון שלא היה פשיעה ביצירת הבור.

אך א"כ לכאורה אין ראיתם מוכרחת דבקנקנים לא נעשה הבור ע"י מעשה האדם אלא ע"י הרוח, ואם היו הקנקנים מזיקים בנפילתם בהדי דאזלי זה לא היה אדם המזיק אלא אש, וא"כ גם הבור שנוצר ע"י נפילת הקנקנים אינו מעשה האדם, ולכן אינו חייב כשנפל ברוח שא"מ, אבל הכא דנפילת החבית לשיטת התוס' הוא מעשה האדם ואפשר לחייבו על שבירת החבית מדין אדם המזיק כמבואר בהמשך דברי התוס', ולא כרמב"ן דס"ל שאין זה אדם המזיק כמו שיבואר בסמוך בס"ד, א"כ גם יצירת הבור ש"ע נפילת החבית הוא מעשה האדם ויתכן שהוא אחראי על הבור שנוצר ע"י מעשיו אפי' אם לא פשע דאדם מועד לעולם. דהיינו שיש ג' ענינים א. אדם המזיק. ב. אדם שעושה מזיק כגון שחופר בור. ג. אדם שהוא בעלים על מזיק ופושע בשמירתו. לענין אדם המזיק נתרבה שחייב גם על אונס דאדם מועד לעולם. לענין ממון המזיק פשוט שאין דין אדם מועד לעולם וסגי בשמירה פחותה. ולענין יצירת המזיק יש לדון אם הוא אחראי על המזיק רק אם נוצר ע"י פשיעתו ולא נאמר לענין זה אדם מועד לעולם או שכל מזיק שנוצר ע"י מעשה האדם הוא אחראי עליו אפי' אם נעשה באונס וגם בזה אמרינן דאדם מועד לעולם והוא חייב על הבור שנעשה ע"י מעשיו אפי' אם נעשה באונס אם פשע אח"כ בשמירתו. ובדברי התוס' כאן לכאורה מוכח דס"ל שאין דין אדם מועד לעולם על יצירת המזיק, אבל מה שהביאו ראיא לזה מקנקנים שנפלו ברוח שא"מ לכאורה אינו מוכן, דהתם שאני שאין זה מעשה האדם, אבל אם נוצר ע"י מעשה האדם כגון שנתקל ונפל החבית אולי הוא אחראי על הבור אפי' שנוצר באונס דאדם מועד לעולם.

הגר"ח בפ"ג משכירות ה"ב כתב דאין חיוב על מזיק שנוצר באונס ומביא ראיא מסוף הכונס דליבה וליבתה הרוח אם זה רוח שאינה מצויה אינו חייב. וכתב ע"ז מרן הגר"מ שך צוק"ל באבי עזרי פ"ג משכירות ה"ב ד"ה המעביר שה"ה שהיה יכול הגר"ח להביא ראיא לזה מקנקנים שנפלו ברוח שא"מ. ובאבי עזרי בפ"ד מנוק"מ ה"טו ד"ה והנה תמה על הגר"ח דאין ראיתו ראיא דשאני מזיק שנעשה ע"י הרוח שאינו מעשיו בזה אינו חייב ברוח שא"מ אבל כשנעשה המזיק ע"י מעשה האדם ממש יתכן שאמרינן בזה אדם מועד לעולם והוא אחראי על המזיק אף שנעשה באונס. ולכאורה שאלה זו יש לשאול על דברי התוס' כאן שהביאו ראיא מקנקנים שאינו מעשה האדם לחבית שנפל שהוא מעשה האדם.

הקה"י בב"ק ס' כ"ד גם דן בענין זה אי איכא דין אדם מועד לעולם בעשיית המזיק וכתב שנחלקו בזה התוס' בב"ק כ"ח: והרמב"ן ובהג"ה ציין לעיין בתוס' דידן וכונתו שמוכח מדברי התוס' כאן שאין דין אדם מועד לעולם בעשיית המזיק. אך ראית התוס' צ"ב כנ"ל.

אדם המזיק באונס גמור. בתחילה הקשו התוס' על ר"מ שפטר ש"ח וש"ש אמאי אינו מחייב מדין אדם המזיק. וכתבו שאדם המזיק אינו חייב אלא בדברים שש"ש חייב בהם ומפצע תחת פצע מרבים רק שאדם המזיק חייב גם כשלא פשע אבל מה שנחשב אונס לגבי ש"ש גם אדם המזיק אינו חייב בו. אך כדי שלא יקשה על דברי ר"י דס"ל שנתקל אינו אונס ומחייב ש"ש ואעפ"כ פוטר ש"ח ואינו מחייבו מדין אדם המזיק הוצרכו להוסיף שאפי' אונס כעין גניבה שש"ש חייב עליו אדם המזיק אינו חייב עליו. אמנם מאידך מפורש שאדם המזיק חייב על רוח שאינה מצויה אף שש"ח אינו חייב על רוח שא"מ ורק ש"ש חייב ע"ז כדמוכח בב"ק מ"ה. ומבואר מזה שחייב ש"ש יש בהם ב' דרגות ועל אחד מהם אדם המזיק חייב ועל השני אינו חייב. ולכן כתבו לחלק בין אונס כעין אבידה שאדם המזיק חייב עליו לאונס כעין גניבה שאדם המזיק אינו חייב עליו.

אך כל זה משום דפשיטא להו לתוס' שאדם שנתקל ושובר חבית שבידו הוא אדם המזיק. הרמב"ן במלחמות בב"ק כ"ט. וכן בחידושויו כאן חולק וס"ל שאינו אדם המזיק שלא נשבר החבית מכחו, אלא קרקע עולם דחפתו וחייבו על שבירת החבית הוא מדין אש ולא מדין אדם המזיק. ואף דמבואר בב"ק כ"ז שאדם הנופל מן הגג הוא אדם המזיק כתב החזו"א בב"ק ס' י"א סקכ"א דהתם מודה הרמב"ן מפני שהנזק הוא ע"י גוף האדם משא"כ הכא שהנזק הוא ע"י החבית שבידו ולא ע"י גופו. וכן לענין יצירת הבור שנעשה ע"י נפילתו סובר הרמב"ן שאין זה מעשה האדם אלא אש. והרמב"ן מפרש מה שמבואר בב"ק כ"ט. לגבי נשברה כדו ולא סילקו דפליגי בשעת נפילה היינו בשעת נפילה ממש שהזיק תוך כדי נפילה, ואין זה אדם המזיק אלא אש ולכן פטור אם נתקל לאו פושע. אבל התוס' דס"ל דהוי אדם המזיק פרשו שם שבשעת נפילה היינו מה שהזיק אחר נפילה לפני שהיה זמן לסלק, וחייבו מדין בור. אבל מה שמזיק תוך כדי נפילה ממש הוי אדם המזיק וחייב גם אם נתקל לאו פושע. ולרמב"ן אין מקום לקושיית התוס' כאן דאין לחייבו על אונס מדין אדם המזיק אלא רק מדין שומר.

הרמב"ן חולק על התוס' וס"ל שאדם המזיק חייב אפי' על אונס גמור ודחה את כל הראיות שהביאו התוס' לשיטתם. על מה שהוכיחו התוס' מהירושלמי שישן אינו חייב אלא א"כ הניזק היה שם לפני המזיק כתב הרמב"ן ששם אין הפטור מטעם אונס אלא מפני שהנזק נגרם ע"י פשיעת הניזק ואיהו דאזיק אנפשיה. ובוזה מיישב הרמב"ן את הראיות מעמד בעל החבית ואין דרכם של בנ"א להתבונן בדרכים, שבכל אלה איכא פשיעה של הניזק. על ראית התוס' מטבח אומן שקלקל כתב הרמב"ן שזה קשה גם לשיטת התוס' שא"א לומר שזה אונס גמור שהרי מפורש בגמ' שם שש"ש חייב ע"ז, ולא ס"ל לרמב"ן מה שכתבו התוס' שאונס כעין גניבה אף שש"ש חייב עליו אדם המזיק פטור עליו, שאם אין זה אונס לגבי ש"ש אין יתכן שיחשב אונס גמור לגבי אדם המזיק. ומה שאין טבח אומן חייב מדין אדם המזיק מבאר הרמב"ן וז"ל שאין באומן הטועה במלאכתו משום מזיק עכ"ל. והביאור בזה כמו שכתב המחנ"א בהל' נזק"מ ס' ה' בשם הריב"א שאין דין מזיק על המתעסק בממון חברו ברשות דכיון שיש לו רשות להתעסק בממון ויתכן שיהיה נזק הרי זה כמזיק ברשות. וזה מיישב גם את ראית התוס' מסוגיין שגם במעביר חבית ממקום למקום הוא מתעסק ברשות ואין עליו דין מזיק. אך מכאן בל"ה לא קשה שלרמב"ן אין זה אדם המזיק כלל.

המחנ"א בנ"מ ס' ה' מקשה על יסוד זה של הרמב"ן מב"ק ל"ב. שיש דין מזיק על המזיק את אשתו בתשמיש אף שהוא מתעסק ברשות. ולתוס' שהפטור בטבח הוא משום דהוי אונס גמור ניהא דהתם אינו אונס גמור אבל לרמב"ן קשה. וכתבו בזה החזו"א בב"ק ס' י"א סקכ"א והקה"י בב"ק ס' כ"ד שמה שאין על המתעסק ברשות דין מזיק היינו דוקא בליכא פשיעה אבל המזיק את אשתו בתשמיש איירי שהזיק בפשיעתו ולענין זה אין לו רשות.

אכתי קשה על הרמב"ן מהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחהו שאינם חייבים מדין מזיק אלא רק מדין נהנה. ולא נזכר ברמב"ן כאן תירוץ ע"ז. הקה"י בב"ק ס' כ"ד מביא ע"ז את דברי הרמב"ן בכתובות ל"ד: שכתב שאין עליהם דין מזיק משום דברשות קא נחית דכסבורים הם של אביהם היא. ומבאר הקה"י שאין הרשות שנזכר ברמב"ן בכתובות דומה לרשות שנזכר ברמב"ן כאן לענין טבח אומן שבהניח להם אביהם פרה שאולה אין להם רשות על עסק השחיטה כלל אלא כונת הרמב"ן דהתם איכא רשות של התורה, שהרי אם היו שואלים אם מותר להם לשחוט או שצריכים לחוש שאינה של אביהם היו מורים להם דיכולים לסמוך על חזקה מה שתחת יד אדם שלו ויכולים לשחוט. וכיון שיש להם רשות על מעשה השחיטה א"א לחייב ע"ז משום מזיק. ואף שגם בדברי הירושלמי יש רשות ללכת לישון ואינו צריך לחוש שיכוא חברו על ידו מ"מ אין לו רשות על עצם מעשה הנזק משא"כ בהניח להם אביהם פרה יש להם רשות על עצם מעשה השחיטה לכן אין ע"ז חיוב של מזיק.

החזו"א בב"ק ס' י"א סקכ"א מיישב שאלה זו לשיטת הרמב"ן באופן אחר. וז"ל ובעיקר דברי הרמב"ן נראה דמודה דבאונס גמור פטור אדם המזיק, אלא כל שאפשר ליה ליהדר חשיב אדם המזיק אף שהנזק אינו מצוי כלל, וכדאמר בגמ' כ"ח: ואונס רחמנא פטריה, וכמו שהוכיחו תוס' מהניח להם אביהם פרה שאולה וטבחהו עכ"ל.

המחנ"א בנזק"מ ס' ו' מקשה על שיטת התוס' שאדם המזיק באונס גמור פטור מנדרף ששבר כלים של כל אדם כדי להציל עצמו שהי"ב לשלם אף שהיה אונס משום הצלתו. ועיין בש"ך ס' שע"ה סק"ב שכתב שמה שאונס גמור פטור באדם המזיק הוא דוקא כשאינו מזיק בכונה אבל כשמזיק בכונה הוא חייב אפי' באונס גמור. ולכאורה כונתו שהפטור של אונס גמור הוא מפני שאין שם מזיק על פעולה שעושה בלי כונה להזיק כשלא היה עליו לחשוב שיצא מזה נזק אבל אם יודע שהוא מזיק אין האונס סיבה לפטור. אך זה אינו דמבואר בב"ק כ"ח: שהפטור של אונס במזיק הוא משום דאונס רחמנא פטריה מקרא דלנערה לא תעשה דבר, והתוס' שם כתבו דקאי על אדם המזיק באונס גמור ע"ש. ומבואר שאין הטעם שאין זה מזיק אלא שאינו חייב על אונס. ולכן צ"ל שכונת הש"ך שהפטור של אונס הוא דוקא כשאונס על מעשה זה אבל מה שעושה מרצונו כדי להציל עצמו אין זה נחשב אונס, ומצאנו חילוק זה בכמה מקומות כמו שנתבאר בס"ד בב"ב מ"ז: .

איסי בן יהודה. שיטת הר"ן שהובא בשיטמ"ק ובנ"י שדינו של איסי בן יהודה אינו דוקא בשבועת השומרים אלא בכל השבועות. הטור בס' קפ"ז כתב שהרמ"ה חולק וס"ל שרק בשבועת השומרים יש דין זה. הלח"מ בפ"ג משכירות ה"א כתב שמדברי הרמב"ם בפ"ב משלוחין ושותפין ה"ט משמע דס"ל כשיטת הר"ן שדין זה נוהג בכל השבועות. האבן האזל בפ"ב משכירות ה"ג ד"ה ובעיקר כתב לבאר מחלוקת הרמב"ם והרמ"ה ע"פ מה שדן שם לחלק בין טענת השומרים לשאר מחויבי שבועה, דבעלמא כשטוען טענת פטור הטענה עצמה היא הפוטרת, והשבועה היא לתוספת בירור ולא רמי עליו אלא חיוב שבועה ולא חיוב ממון, משא"כ בשומרים טענת נאנסו מצד עצמה היא טענה גרועה ואינו נפטר בטענה זו אלא שחידשה תורה שע"י השבועה נפטר. דהיינו שבעלמא עיקר הפטור הוא הטענה ובשומרים הפטור הוא השבועה. לכן סובר הרמ"ה שממה שנאמר בשומרים שאם יש רואה אינו נפטר אלא בעדים אין ללמוד לשאר שבועות שרק בשומרים שצריך הפטור הוא ע"י השבועה כשיש רואה מחייבים. אבל בשאר שבועות א"א לחייב גם כשיש רואים כיון שהטענה עצמה פוטרת. והרמב"ם ס"ל שגם בשומרים הטענה פוטרת ולא רמי עליו אלא חיוב שבועה ואין לחלק בזה בין שומרים לשאר שבועות. ואולי הרמב"ם והרמ"ה בזה לשיטתם דפליגי בשומר שטוען נאנסו והוא חשוד ואין שכנגדו יכול ליטען כיון שאינו יודע דשיטת הרמב"ם שהשומר פטור, והרמ"ה חולק ומחייב והובא מחלוקת זו בסמ"ע ס' צ"ב סקכ"ג. ועיין בנתיבות ס' פ"ב כללי מגו סע' כ"ח שכתב שלרמב"ם גם שומר שטוען איני יודע אינו חייב מדין מתוך אלא רק מדין איני יודע אם פרעתין. והרמב"ם בזה לשיטתו דס"ל שמדין הממון הוא נפטר ע"י הטענה ואין השבועה אלא בירור והרמ"ה חולק וס"ל שבשומרים עיקר הפטור הוא ע"י השבועה ואם אינו יכול ליטען משלם אף שאין טענת ברי כנגדו. ועיין לעיל ל"ה: שכתבנו שענין זה תלוי במחלוקת בגמ' שם אם אמרינן דל אנת דל שבועתך או לא. והובא שם שנחלקו הראשונים אם ק"ל דאמרינן דל אנת דל שבועתך או לא יעו"ש.

עיקר הדבר שכתב הלח"מ שמדברי הרמב"ם בפ"ב משלוחין ה"ט משמע שחולק על הרמ"ה וס"ל שבכל השבועות יש את הדין של איסי בן יהודה לכאורה אינו מוכרח. שהרמב"ם מביא דין זה רק בפ"ג משכירות ה"א לגבי שומר ובפ"ב משלוחין ה"ט כשמביא את הדין של ד' מאות דני דחמרא שהובא בסמוך ולדעת הרמ"ה גם שם זה היה שבועת השומרים. וראיתו של המל"מ הוא מלשון הרמב"ם שם שמיסים וכן הדין בכל טענה שיטעון השותף כיוצא בזה וכן הדין בטענת השומרים אם הראיה יכולה להיות או יביא ראיה על טענתו או ישלם כמו שיתבאר. ומשמע שזה לא רק בשומרים אלא גם בכל טענה שיטעון השותף וכיוצא בו. אך לדבריו צ"ע למה לא נזכר ברמב"ם בהל' טוען ונטען בדיני שבועת מודה במקצת או ע"א שאם המעשה היה

במקום שיש רואים שאינו נאמן בשבועה. וממה שכתב הרמב"ם שבטענת השותף יש דין זה לכאורה אין ראייה דס"ל כן בכל השבועות. דעיינן בר"ן בשבועות מ"א שמביא שנחלקו הראשונים אם בשבועת השומרים בעינן טענת ב' כסף או לא. וכתב הר"ן להביא ראייה שגם בשומרים בעינן ב' כסף דמפורש בגמ' בשבועות מ"ח: לגבי שבועת האריסין והשותפים והאפטרופין וכל הנשבעין בטענת שמה דליכא שבועה אא"כ יש ביניהם טענה שתי כסף. וכתב הר"ן דשבועות אלו שהם תקנ"ח תקנו אותה דומיא דשבועת השומרים דאורייתא, שרק בשבועת השומרים נשבעים בטענת שמה, ובשלמא אם בשומרים צריך ב' כסף מוכן למה באלו צריך ב' כסף, שרבנן תקנו שבועתם דומיא דשומרים דאורייתא, אבל אם שומרים לא צריך ב' כסף אין סיבה שרבנן יתקנו באלו ב' כסף. ומבואר בר"ן ששבועות דרבנן אלו שהם השותפין והאריסין נתקנו כעין שבועת השומרים דאורייתא. וא"כ כשם שבשומרים יש דין של איסי בן יהודה כך שבועות אלו נתקנו עם אותם דינים כשבועת השומרים. ואין ראייה ממה שסובר הרמב"ם בשבועת השותפין שיש דין של איסי שיש דין זה גם בשאר שבועות. ומה שכתב הרמב"ם בטענת השותף וכיוצא בו היינו שבועת אריסין ואפטרופין וכל הנשבעין בטענת שמה שדין כולם כדין שבועת השומרים כמבואר בר"ן הנ"ל.

הקצה"ח בס' רצ"ד סק"ב מקשה על דין זה של איסי בן יהודה ששומר שטוען נאנסו יש לו מגו דלהדי"ם או מגו דהחזרתי. ומה שאינו נפטר בלי שבועה מבואר בראשונים בשבועות מ"ו: שלדעת הר"י מגש הטעם הוא משום דמגו לאפטרופי משבועה לא אמרינן, ולשאר הראשונים הטעם הוא משום דהוי מגו דהעזה ומגו דהעזה לא מהני לפטור משבועה. וא"כ קשה במקום שיש רואין שבאים לחייב ממון ולא שבועה אמאי לא יפטר ע"י המגו דמגו דהעזה מהני לפטור מממון. וכתב הקצות שלדעת בעה"מ דס"ל בחזקת הכתים שגם מגו לא מהני במקום שיש רואין ניהא, והוכח לעיל פ"א: שכן מבואר בשיטה שם על הגמ' של נהר פקוד, אבל לרמב"ן שחולק וס"ל שמגו מהני במקום שיש רואין קשה. ולכאורה י"ל דלא יועיל מגו לפטור מחיוב הממון שהחיוב ממון שעליו הוא תוצאה מהחיוב שבועה דרמי עליו ובמקום רואין אינו יכול לפטור עצמו ע"י שבועה וממילא חייב לשלם מכה החיוב שבועה שעליו אם אינו מביא עדים. ואינו יכול ליפטר מחיוב זה אא"כ יהיה לו בירור שיכול לפטור אותו מחיוב שבועה אבל מגו שפוטור מממון ולא משבועה מה יועיל הרי אכתי נשאר עליו חיוב שבועה והשבועה גורמת חיוב ממון כיון שאינו יכול לישבע. ועיינן עוד מה שכתבו בדברי הקצות המנ"ח מצ' נ"ז והקה"י בב"ב ס' כ"ד אות ג'.

ההוא גברא דאמר לחבריה זכין לי ד' מאה דני דחמרא. הר"ן למד מגמ' זו דדברי איסי בן יהודה נאמרו בכל השבועות ולא רק בשומרים דס"ל שכאן אין השבועה שבועת השומרים. והטור בס' קפ"ז מביא שהרמ"ה ס"ל שלא נאמרו דברי איסי בן יהודה אלא בשבועת השומרים. והרמ"ה מוסיף והיה עובדא דד' מאה דני דחמרא פירוש שפקדון היה שאמר לו לקנות ממעות שהפקיד אצלו והשומר טוען שקנה והיו פקדון בידו והחמיצו. דהיינו שנחלקו הר"ן והרמ"ה אם השבועה כאן הוא שבועת השומרים או לא. הב"י מקשה על דברי הרמ"ה שאפי' אם המעות היו פקדון ביד השליח מ"מ אין שבועה זו שבועת השומרים. וכתב הב"י וז"ל והרמ"ה נראה לי שסובר דכיון דשבועה זו ע"י שמירה באת לו הוה ליה כשבועת השומרים עכ"ל. הקצה"ח שם סק"א תמה על הב"י אמאי אין זה שבועת השומרים שאם המשלח חושש שמה לא קנה השליח יין כלל והמעות הם עדיין בידו א"כ שבועת השליח היא שבועה שאינה ברשותי. ואם הוא חושש שמה השליח קנה חומץ הרי זה כשבועה שלא פשעתי. וגם על הרמ"ה מקשה הקצות אמאי הוצרך לומר דאירי שהמעות היו פקדון ביד השליח מעיקרא, הא גם אם נתן לו המעות מתחילה כדי לקנות בהם יין דין המעות כדין פקדון והיו שבועת השומרים. ועיינן מש"כ בזה הקצות.

נמצא שלר"ן פשיטא ליה שהשבועה כאן אינו שבועת השומרים. ברמ"ה מבואר שתלוי אם המעות היו פקדון בידו מעיקרא או לא. הב"י נקט דבכל גווני אין זה שבועת השומרים, והקצות נקט דבכל גווני זה שבועת השומרים. ע"ע בזה בנתיבות שם ובאבה"א פ"ב משלוחין ה"ט.

הנהו דדרו באגרא. רש"י מפרש שאדם אחד נושא משה שהוא יותר ממשה אדם אחד. הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ב מפרש שנושאים שנים יחד יעו"ש. ובין לרש"י בין לרמב"ם מה שמשלמים פלגא הוא כמבואר בתוס' בב"ב ס"ב: שהובא ברע"א כאן דאף דקי"ל כרבנן דסומכוס דאמרינן הממע"ה ולא יחלוקו יש מקומות שהיה נראה לחכמים לתקן שיחלקו ומביא התוס' שם מכאן.

הנהו שקולאי. פרש"י ששברו שלא במקום מדרון ובפשעיה. הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ב פסק שנתקל הוא כגביה ואבידה וש"ה פטור מדינא ולא חילק בזה בין מקום מדרון לשלא במקום מדרון. וכתב שם הלח"מ שהרמב"ם סובר שרק ר"א מחלק בזה ולית הלכתא כוותיה. אך מביא הלח"מ שהטור בס' ש"ד כן מביא להלכה שבמקום מדרון נתקל אינו פושע ושלא במקום מדרון זה פשיעה דס"ל דקי"ל בזה כר"א. הסמ"ע בס' ש"ד סק"א כתב שמשמעות הגמ' כטור והש"ך שם סק"א כתב דאדרכה משמע בגמ' שרק ר"א ס"ל כן ורביתיו לא ס"ל כן. ומדברי רש"י כאן שכתב שהנהו שקולאי שברו במקום מדרון משמע שלכן זה היה פשיעה ומבואר דס"ל כשיטת הטור דקי"ל בזה כר"א.

בחי' הגר"ח בפ"ג משכירות ה"ב מקשה שדברי הטור סתרי אהדי שבס' תי"ב לגבי נפלה כדו ולא סילקו פסק הטור שנתקל לאו פושע ואינו חייב מדין בור ולא חילק בין מקום מדרון לשלא במקום מדרון. וכתב הגר"ח וצ"ל שגם שלא במקום מדרון אין זה פשיעה גמורה אלא אונס כעין אבידה. ולכן לענין נזק החבית הוא חייב מדין אדם המזיק אבל לגבי חיוב בור בעינן שיעשה הבור בפשיעה גמורה ולא נאמר אדם מועד לעולם לענין עשיית מזיק כמו שנתבאר לעיל.

למען תלך בדרך טובים. מבואר בתוס' לעיל כ"ד: דאיכא ג' דרגות בלפנים משורת הדין א. היכא שאחרים חייבים ורק לאדם זה יש פטור כגון זקן ואינה לפי כבודו או שולחני מומחה שטעה שיש לו פטור יותר מכל שולחני כמבואר בב"ק ק. יש דין לפנים משורת הדין שלא להשתמש בפטור המיוחד שלו ולנהוג כשאר בני"א. ודין זה נלמד מקרא דאשר יעשון. ב. היכא דכולם פטורים כגון להשיב אבידה לאחר תריסר ירחי שתא כמבואר לעיל כ"ד: ג. מקום שנגרם לו הפסד כמעשה דשקולאי שאינו חייב מקרא דאשר יעשון אלא מקרא דלמען תלך בדרך טובים ואורחות צדיקים תשמור.

נחלקו הראשונים אם יש דין כפיה על לפנים משורת הדין או לא. הרא"ש כתב לעיל כ"ד: שלא כופין לעשות לפנים משורת הדין. והמרדכי שם חולק. והובא מחלוקת זו ברמ"א בס' י"ב סע' ב'. לכאורה היה נראה שמחלוקת זו היא דוקא בלפנים

משורת הדין שנזכר באלו מציאות שע"ז קאי הרא"ש והמרדכי. אבל הלפנים משורת הדין שנזכר כאן שהוא יותר קרוב למידת חסידות מההיא דאלו מציאות כמבואר בתוס' הנ"ל יתכן שכו"ע מודו דע"ז ליכא כפיה. אבל זה אינו דעיין בקצה"ח ס' רנ"ט סק"ג שמביא לשון המרדכי, ומבואר בדבריו שראיתו שכופין הוא מכאן דמשמע בגמ' שרב חייב את רבב"ח לשלם לשקולאי. ומבואר דס"ל שגם בלפנים משורת הדין הזה יש כפיה. ועיין בפת"ת ס' י"ב סק"ו שנחלקו הפוסקים אם הכפיה בזה הוא כפיה ממש או רק כפיה בדברים. בקצות הנ"ל מבואר דמעיקר הדין לכו"ע אין כפיה על לפנים משורת הדין והסוברים דכופין הוא תקנ"ח. אך מפשטות לשון הגמ' כאן שאמרו דינא הכי ומקרא דלמען תלך בדרך טובים משמע שזה מעיקר הדין. ואין להקשות אם יש ע"ז כפיה מדינא, וי"א שזה כפיה ממש ולא רק בדברים, מאי איכא בין שורת הדין ללפנים משורת הדין שהכפיה לפנים משורת הדין הוא רק אם ראוי הוא לכך כמבואר במרדכי דהיינו שהוא עשיר והשני עני, וכ"כ הרמ"א בס' רנ"ט סע' ה'. ובשיטמ"ק לעיל כ"ד: כתב בשם רבינו יהונתן שרק אדם חשוב כופין לעשות לפנים משורת הדין. ולענין זה שונה לפנים משורת הדין משורת הדין ששם אין ג"מ בין עני לעשיר או בין חשוב לאינו חשוב. אבל למי שראוי לכך גם לפנים משורת הדין איכא כפיה מדינא מקרא דאשר יעשון או מקרא דלמען תלך בדרך טובים.

מסכת ב"מ פרק השוכר את הפועלים

מקום שנהגו שלא להשכים. מבואר בגמ' דקמ"ל דאף שהוסיף על שכרם אינו יכול לומר שהוסיף על דעת שישכימו שיכולים לומר שהתוספת היתה כדי שיעשו עבדתא שפירתא. הקצה"ח בס' של"א סק"א מביא שהתה"ד דן בראובן ששכר את שמעון שיעשה שליחות בשבילו עבור עשרה זהובים שהוא יותר ממה שרגילים לשלם בשביל שליחות כזו. ואחרי שעשה השליח שליחותו הוא תובע הוצאות הדרך שמנהג המדינה הוא שדמי השליחות אינם כוללים את הוצאות הדרך. וראובן טוען דאף שתמיד אין הדמים כוללים הוצאות הדרך הכא ששילם יותר מן הרגילות זה היה ע"ד כן שזה יכול גם את הוצאות הדרך. וכתב התה"ד עם ראובן שהדמים מודיעים שהיו גם עבור הוצאות הדרך. ואף דקי"ל גבי צמד ובקר שלא אמרין הדמים מודיעים היינו היכא דליכא חזקה או רוב שמסייע לראית הדמים, אבל הכא שראובן הוא המוחזק מהני הדמים מודיעים לסייע לחזקת הממון נגד המנהג. ותמה הקצות על דברי תה"ד שמפורש כאן דאף שהוסיף דמים ולכאורה איכא ראייה של הדמים מודיעים שרוצה שהפועלים ישכימו מ"מ אמרין שאין בכח ראית הדמים לשנות את המנהג, ואף שראית הדמים מהני נגד רוב כשהוא מסייע למוחזק מ"מ נגד מנהג אינו מועיל, דמנהג עדיף מרוב דרוב לא מהני להוציא ממון וע"פ המנהג מוציאים ממון. ודברי הקצות בזה לכאורה אינם מובנים שלא אמרו בגמ' קמ"ל דלא סומכים על ראית הדמים לשנות את המנהג ואמרין שמא מתנה קיהיב ליה אלא אמרו שאין ראייה שתוספת הדמים הוא כדי שישכימו דשמא תוספת הדמים היה כדי שיעשו עבדתא שפירתא. ואין סיבה לתלות את תוספת הדמים בהשכמה יותר מבעבדתא שפירתא. וא"כ ליכא ראייה מהדמים כלל אבל במקום שאין הסבר אחר לתוספת הדמים אין להוכיח מכאן שלא נימא הדמים מודיעים נגד המנהג.

א"ל מאי אעביד הרמנא דמלכא הוא. אינו מובן מה זה מתרץ את השאלה עד מתי אתה מוסר עמו של אלקינו להריגה הרי יש חיוב ליהרג ולא למסור נפש מישראל להריגה. אך הביאור הוא כמו שכתב הריטב"א כאן שמדיני המלכות שמותר למלך להרוג בלי עדים ובלי התראה כדי ליסר העולם, כמו שמצאנו אצל דוד שהרג גר עמלקי ושלוחו של המלך כמותו. וסובר הריטב"א שדין זה לא נאמר דוקא במלך ישראל אלא ה"ה במלך עכו"ם. ומפורש בריטב"א שאילו לא היה זה מחוקי המלכות היה בזה חיוב של יהרג ואל יעבור.

חכ"א משמנין ביניהם. נחלקו רש"י והרמב"ם בביאור משמנין ביניהם. רש"י ס"ל דאזלינן בתר המנהג האמצעי כגון שיש נשכרים בזוז ויש בב' ויש בה' נותן ב' שהוא מנהג האמצעי. ולרמב"ם פ"ט משכירות ה"ב נותן חצי מן ההפרש שבין המנהג המועט למנהג המרובה ובאופן הנזכר יתן ג'. ועיין בשיטמ"ק שנחלקו בזה ר"ח והריטב"א.

לעיל ע"ו. מבואר דהיכא דאיתא דמתגרי בג' ואיכא דמתגרי בד' אם לא קצץ נותן ג' ולא כמבואר הכא דמשמנין ביניהם. ועמד בזה הריטב"א שם וכתב שאם שכר סתם נותן כפחות שבפועלים והכא שאני שאמר כאחד מאנשי העיר ולא פירש איזה בזה משמנין ביניהם. ועיין מה שכתב הקצה"ח בס' של"א סק"ג לישב לפ"ז את קושיית המל"מ לגבי הפוסק לפי השער שמוכרים בעיר.

ואלו אוכלין מן התורה. הרמב"ם בספר המצות עשה ר"א מנה דין אכילת פועלים במנין המצות וז"ל שצונו להיות השכיר אוכל מהדבר שיעבוד בו בעת עבודתו כשיהיה הדבר מחובר לקרקע עכ"ל. אך לא ביאר שם הרמב"ם אם זה מצוה על בעה"ב או שהמצוה היא עצם הדין שזכותו של פועל לאכול משל בעה"ב. אך הדבר מבואר ברמב"ם בריש פ"ב משכירות וז"ל הפועלים שהיו עושין בדבר שגידולו מן הארץ וכו' הרי על בעה"ב מצוה שיניח אותן לאכול ממה שהן עושין בו. מבואר שזה מ"ע על בעה"ב להניח את הפועל לאכול. ועיין בטור חו"מ ס' של"ז שכתב בשם הרמ"ה דאף דאיכא מיעוט לקמן דליכא לאו על חסימת פועל ולא ילפינן לענין זה פועל משור שיש לאו על חסימתו מ"מ איסור איכא למנוע פועל מאכילה. והב"ח שם נדחק למצוא מקור לאיסור זה. וכתב המל"מ בפ"ב ממאכלות אסורות ה"א דהאיסור הוא מכח המצות עשה שמוטל על בעה"ב להניח לפועל לאכול וכשמונע ממנו האכילה הוא מבטל עשה זה. וכן מפורש בחינוך בסוף מצוה תקע"ו שהעובר ע"ז ולא הניח שכירו לאכול ביטל עשה זה. אמנם בספר זוהר הרקיע מ"ע ס' ע"ב [הובא במגיה על החינוך] כתב שאין ראוי למנות דין אכילת פועלים במנין המצוות דאינו מצוה על בעה"ב כלל אלא התר לפועל לאכול ואין בזה משום גזל בעה"ב. וכן נראה שנקט הב"ח הנ"ל ולכן טרח למצוא מקור לאיסור של בעה"ב למנוע אכילת הפועל. דהיינו שהרמב"ם ס"ל שישור דין אכילת פועל הוא מכח מצותו של בעה"ב להניח לו לאכול, ולזהר הרקיע אין זכותו מכח מצות בעה"ב אלא זה מתחיל מזכות שנתנה תורה לפועל לאכול משל בעה"ב. ובמחלוקת זו תלוי הפשט בגמ' בסמוך שמיטעו מכרם רעך כרם עכו"ם כמו שיבואר שם בס"ד.

אכתי יש לדון בגדר דין אכילת פועל אם הוא זכות ממון או רק התר לפועל ומצוה על בעה"ב להניחו לאכול. לכאורה זה תלוי בספק של הגמ' לקמן צ"ב. אם פועל משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל. שאם משלו הוא אוכל זה חוב ממון ואם משל שמים הוא אוכל אין זה אלא מתנת גמילות חסדים כלשון רש"י לקמן צ"ב. אמנם עיין בחי' הגר"ח פ"ח ממעילה ה"א שאפי' לצד שמשל שמים הוא אוכל היינו רק דלית ליה זכיה בממון של בעה"ב ואינו יכול לתת מזה לאשתו ובניו אבל מ"מ מה

שהוא עצמו יש לו זכות אכילה זה דין וזכות ממון ומביא ראיה לזה מגמ' בסנהדרין יעו"ש. ומדברי הקונה"ס בכלל ד' אות י"ג שכתב שלצד שמשל שמים הוא אוכל כשיש ספק אם הפועל אוכל או לא אין לדון בזה מכח חזקת מ"ק כיון שגם לצד שיש לו התר אכילה אין זה אלא התר ולא דין ממון על בעה"ב נראה דלא ס"ל כגר"ה. ובוה מבאר הקונה"ס מה שכתב הרא"ש לקמן שאם אכל הפועל במקום שהיה ספק אין מוציאים מידו ע"ש. ולכאורה לדברי הגר"ה שיש לו זכות ממון על בעה"ב ולא רק התר אכילה כשיש ספק יש כן לדון בזה חזקת מ"ק אף שאין לו קנין ממש, כמו שבספק חוב אזלינן בתר חמ"ק גם למ"ד שיעבורא לאו דאורייתא ומוציאים מן התופס אף שאין למלוה קנין בנכסי הלוה כיון דאית ליה זכות ממון.

אתיא קמה קמה. הלשון משמע דהוי ג"ש, וקשה דע"כ לא נתקבלה ג"ש זו דאליבא דאמת לא ילפינן דבעינן מיד דנוהג בו חלה א"כ אמאי ס"ד למילף ג"ש הא אין אדם דן ג"ש מעצמו. עיין שיטמ"ק בשם הראב"ד שעמד בזה וכתב דאינו ג"ש אלא בנין אב דס"ד כיון דיד פועל על התחתונה נימא דכמו שמצאנו במקום אחר שקמה היינו דבר שחייב בחלה שמה גם הכא איירי בקמה שחייב בחלה. וע"ע בשיטמ"ק בהמשך הגמ' בד"ה והא אמרת שכ"כ בשם הרמב"ן והרשב"א, וכתבו שברש"י משמע שמפרש ג"ש ממש, וכתבו שלרש"י צ"ל שנתקבלה ג"ש דקמה קמה אבל לא ידיע אי להא מילתא או למילתא אחרית.

חרמש לרבות כל בעלי חרמש. הריטב"א מקשה דמיבעי ליה לגופיה שלא יקטוף בכליו, ואע"ג דכתיב וקטפת מלילות בידך מ"מ מיבעי ליה ללאו. וכתב דא"כ לימא קרא וכלי לא תניף ולשון חרמש מיותר לרבות כל בעלי חרמש.

תוד"ה אימא דבר חרמש. ביאור דברי התוס' דקשיא להו אמנם היתור של חרמש מרבה רק כל בעלי חרמש ולא כל דבר מ"מ נלמד מבעלי חרמש כל דבר במה מצינו כיון דליכא פירכא כמו שהיינו לומדים מכרם וקמה לולא הפירכא דצד מזבח. ותרצו שאם חרמש נכתב כדי ללמד ממנו במה מצינו כל דבר אמאי כתיב כרם, והוי כשני כתובים הבאים כאחד שאינם מלמדים. ומה שלא אמרין בזה שכרם להלכותיו כמו שאמרו אחרי שיש ריבוי של קמה לרבות כל בעלי קמה היינו משום ששם יש ריבוי מיוחד לרבות כל דבר וע"כ צ"ל שכרם להלכותיו אתא, אבל הכא דקרא מרבה רק בעלי חרמש, ושאר דברים באים ללמוד במה מצינו אין הכרח ללמוד במה מצינו, א"כ אין סיבה לדחוק ולומר שכרם לא אתא לגופיה אלא להלכותיו, אלא אמרין דאתא לגופיה וזה הוכחה שלא נלמד במה מצינו מבעלי חרמש. כן מבאר המהר"ם את דבריהם ע"ש.

כרם רעך ולא כרם כותי. רש"י מפרש דלא קאי המיעוט על דין אכילת פועל דזה נוהג גם בכרם של עכו"ם אלא אדרבה המיעוט קאי על הדין של אל כליך לא תתן שזה נאסר רק בשל ישראל, ובשל כותי מותר לתת גם לכליו. ולפ"ז שאלת הגמ' הניחא וכו' הוא שלמ"ד גזל עכו"ם מותר ל"ל קרא להתיר בכרם כותי לתת לכליו הא בל"ה מותר גם לגזול ממנו. הריטב"א מפרש איפכא, שהמיעוט של רעך ולא של עכו"ם לא בא להקל ולהתיר לתת לכליו אלא ולהחמיר שאין פועל אוכל בשל עכו"ם כלל. ושאלת הגמ' הניחא היא דבשלמא אם גזל עכו"ם אסור יש נ"מ מהא דאין פועל אוכל בשל עכו"ם אבל למ"ד גזל עכו"ם מותר מה נ"מ מזה שאין פועל אוכל בשל עכו"ם הא בל"ה מותר לגזול מהעכו"ם. וצ"ל שלא גרס הריטב"א כגרסתו דאיצטרך קרא למישרי פועל שהרי לריטב"א לא אתא קרא למישרי אלא לאסור.

הש"ך בס' של"ז סק"א כתב דלמאי דקי"ל גזל עכו"ם אסור רעך ממעט שאין פועל אוכל לא בשל הקדש ולא בשל עכו"ם. ומביא הפת"ת שם שהשעה"מ והדברי משפט תמחו על הש"ך שאין המיעוט לענין עכו"ם שפועל אינו אוכל בשל עכו"ם אלא שבעכו"ם אין איסור של אל כליך לא תתן, וקרא אתא להתירא ולא לאיסורא. וכן הקשו על הש"ך המנ"ה מצ' תקע"ו אות י"א והתרומת הכרי ס' של"ז. וכתבו שבריטב"א מבואר כדברי הש"ך אבל רש"י לא פירש כן.

המנ"ח מקשה לשיטת רש"י מנין לגמ' לדרוש את המיעוט של רעך לענין עכו"ם להתיר לתת לכליו ולא למעט שאינו אוכל כלל בשל עכו"ם כמו המיעוט של הקדש. וכתב שלא היה נראה לגמ' להחמיר על פועל העושה אצל עכו"ם יותר מבישראל. והוי ליה כעין מי איכא מידי דבישראל שרי ולנכרי אסור. וכ"כ התרה"כ בס' של"ז. ולכאורה ענין זה תלוי במחלוקת שהובא לעיל ביסוד הדין של אכילת פועל. שלמה דמשמע ברמב"ם בריש פרק י"ב משכירות שזכותו של הפועל הוא מכח מצותו של בעה"ב להניח לפועל לאכול אין תימא אם דין זה נוהג רק בשל ישראל ולא בשל עכו"ם, וכמו שלא נוהג לשו"פ בשל עכו"ם ולא אמרין בזה מי איכא מידי דבישראל שרי ובעכו"ם אסור משום שכל זכות העני בלשו"פ הוא מכח מצות בעה"ב ועל עכו"ם אין מצוה כך בפועל אם זכותו של הפועל הוא מכח מצותו של בעה"ב דליכא מצוה ליכא זכות. וזה כשיטת הריטב"א שהמיעוט הוא שאין פועל אוכל בשל עכו"ם, וכן הוא בלשון הריטב"א וז"ל דאחשביה רחמנא [לפועל העושה בשל עכו"ם] כגזל כיון דאיהו לאו בר מצוה הוא עכ"ל. דכיון שזכות הפועל הוא מכח מצותו של בעה"ב בעכו"ם דליכא מצוה ליכא זכות אכילה. אבל לדברי זהר הרקיע שאין זה מצוה על בעה"ב אלא זכות שנתנה תורה לפועל מסתבר שאם בשל ישראל יש לו זכות כ"ש בשל עכו"ם. והזהר הרקיע עצמו כתב על דבריו שכן משמע מגמ' זו ע"ש. וזה כגרסא דידן וכשיטת רש"י. וכן מוכיח הגר"ה וצ"ל בפ"ח ממעילה ה"א ד"ה ונראה מדברי הגמ' בסנהדרין נ"ז. שעכו"ם אוכל בשל עכו"ם שאין זכותו מכח המצוה אלא זכות ממון ואפי' למאי דקי"ל משל שמים הוא אוכל, וא"כ בודאי לא מסתבר למעט ישראל בשל עכו"ם.

המג"א בס' תרל"ז סק"ג מביא את שיטת היראים שאפי' למ"ד גזל עכו"ם מותר אין זה נעשה שלו ואינו יוצא בזה מצות ד' מינים דבעינן בהו לכס. והקשה המנ"ח במצ' תקע"ו על דברי היראים מה קושיית הגמ' כאן על המיעוט דרעך ולא עכו"ם למ"ד גזל עכו"ם מותר ל"ל קרא למעט הא ליראים נ"מ לענין אם זוכה בממון או לא. והשאלה היא בין לרש"י בין לריטב"א, דלרש"י שאלת הגמ' היא ל"ל קרא להתיר לתת לכליו הא בל"ה שרי גזל עכו"ם, וקשה הא נ"מ שאם זה גזל אינו זוכה בממון ואם התורה התירה מדין פועל הוא זוכה. וכן לריטב"א ששאלת הגמ' מה נ"מ ממה שאין לפועל התר אכילה בשל עכו"ם הא יכול לקחת דרך גזילה הא ליראים בדרך גזילה אינו זוכה בממון ואם היה לו זכות מדין פועל היה זוכה בממון. ולכאורה לא קשיא כלל מזה על היראים דקי"ל כמ"ד לקמן צ"ב. שפועל משל שמים הוא אוכל. וכתבו שם התוס' בד"ה אי אמרת שלמ"ד זה אין הפועל זוכה במה שאוכל אפי' כשבא לידו אלא כשנותן לתוך פיו, וא"כ גם כשיש לו זכות אכילה מדין פועל אינו זוכה בממון וא"כ גם לדעת היראים אין נ"מ בין אם יש התר מדין פועל או שזה גזל עכו"ם דבתרייהו אינו זוכה עד שאוכל, וכשאוכל מסתבר שגם בגזל עכו"ם הוא זוכה אפי' לדעת היראים שאין אדם אוכל בלי לזכות כמבואר בתוס' בפסחים כ"ט. וגם אם אינו זוכה אין נ"מ מזכיה זו כיון שאינו נעשה שלו לפני אכילתו.

תוד"ה אלא למ"ד. הקשו על רש"י שכתב שפליגי בהגזול ומאכיל אם גזל עכו"ם אסור או מותר שלא נזכר שם מ"ד שמתיר גזל עכו"ם אלא רק הפקעת הלוואתו. לכאורה נראה שכונת רש"י דאיתא התם דרב אשי הוה קאזיל באורחא חזא שיבשא

דגופנא בפרידיסא ותלי בה קיטופי דעינבי, א"ל לשמיעה זיל חזי אי דכותי נינהו אייתי לי, אי דישראל נינהו לא אייתי לי. שמע ההוא כותי א"ל דכותי שרי, א"ל כותי שקיל דמי ישראל לא שקיל דמיה. ולכאורה משמע שאמר כן רק כדי שלא יבין העכו"ם אבל באמת כונתו היתה שאם זה של כותי שיקח ולא ישלם. וכתבו שם התוס' דא"א לומר כן שא"כ סובר ר"א שגול עכו"ם מותר ובסוגיא שם לא נזכר אלא דעת האוסרים. לכן כתבו התוס' שכונת ר"א היתה כמו שאמר לכותי ולא היה דעתו לגזול. אמנם התוס' לעיל מ"ח: בסד"ה נתנה כתבו דמשמע בב"ק שרב אשי ס"ל גזל עכו"ם מותר ולא ס"ל שם כדבריהם בב"ק. והתוס' כאן ס"ל כדבריהם בב"ק, אבל רש"י י"ל דס"ל כדברי התוס' לעיל ומה שכתב שפליגי בזה בב"ק היינו שרב אשי שם מתיר גזל עכו"ם. ועיין מה שכתבנו בס"ד בב"ק ק"ג: בענין גזל עכו"ם ובגדר ההתר של הפקעת הלוואתו.

רעך ולא של הקדש. כתבו התוס' דהא דצריך קרא ללמד שאין פועל אוכל בשל הקדש הוא משום דס"ד כמו דשרי רחמנא איסור גזל משום אכילת הפועל ה"נ שרי בשל הקדש. ואינו מוכן דאין שום הטר לאיסור גזל בפועל אלא התורה נתנה לו זכות לאכול וממילא אין זה גזל ואמאי ס"ד משום זה להתיר איסור הקדש. עיין בשיטמ"ק בשם רבינו יהונתן שכתב דס"ד שיצטרך הגזבר לפדות קצת מן הענבים כדי שיאכל הפועל להכי בא רעך למעט הקדש דלא זכתה תורה בפועל בשל הקדש. אך התוס' לא ס"ל כן אלא לולא קרא היה הפועל אוכל ללא פדיון. וכתב בזה בחי' הגר"ח הלוי בפ"ח ממעילה ה"א דאע"ג דקי"ל לקמן צ"ב. דמשל שמים הוא אוכל היינו רק שאין לו קנין בממון של בעה"ב ואינו יכול לתת מזה לאשתו ולבניו, אבל מה שהוא עצמו אוכל אין זה רק מכח מצות בעה"ב להניחו לאכול אלא זה זכות ממון שיש לפועל כדמוכח בסנהדרין נ"ז. שגם עכו"ם אצל עכו"ם אוכל. וכמו שהזכרת אכילה שיש לפועל גורם שאין איסור גזל באכילתו כך זה גורם שאין איסור מעילה כשאוכל משל הקדש. דאיסור הנאה מממון הקדש אינו כשאר איסור"נ אלא הוא דין גזל הקדש וכיון שלולא המיעוט היה לפועל זכות אכילה בשל הקדש לא היה בזה איסור מעילה דאין זה גזל כיון שיש ע"ז זכות ממון. ובוה מישב הגר"ח מה שהקשו התוס' אמאי בעינן קרא דרעך ללמד שפועל אינו אוכל בשל הקדש ולא ילפינן לענין זה פועל מבהמה שנתמעט מקרא דדישו ולא הקדש במעילה י"ג. וכתב הגר"ח דלענין זה א"א ללמוד פועל מבהמה שהלאו דלא תחסום אינו ענין ממוני שגם בבהמת עצמו יש איסור חסימה ואין לבהמה זכות ממון על בעליה אלא זה דין איסור ולא דין ממון. ולכן גם אחרי שילפינן שאין איסור חסימה כשהבהמה משל הקדש ולא הותר איסור מעילה משום לאו דלא תחסום אכתי יש מקום לומר שפועל אוכל משל הקדש שפועל יש זכות ממון וכשיש זכות ממון על הקדש ליכא איסור מעילה כלל ולא דמי לבהמה שאין לה זכות ממון ואיכא איסור מעילה כשאוכל משל הקדש. אכתי צריך להבין אמאי יש ה"א לולא קרא להתיר לבהמה לאכול משל הקדש, ובשלמא בפועל ס"ד דליכא איסור כיון שיש זכות ממון אבל בהמה שאין לה זכות ממון על הקדש פשיטא שלא הותר איסור מעילה ולמה לי קרא דדישו ללמד שבהמה אינה אוכלת משל הקדש. עיין מה שכתב בזה הגר"ח שם בהמשך דבריו ובמה שכתבנו בזה בס"ד לקמן צ. בשם החזו"א.

ואכלת ולא מוצץ. פרש"י ולא מוצץ היין וזורק החרצנים. משמע דהמיעוט הוא שלא הותר אלא כשאוכל הפרי כולו ואין הטר לאכול חלק מן הפרי ולקלקל השאר. וכיון שבמוצץ אינו אוכל החרצנים והם אינם ראויים בפנ"ע ליכא הטר אכילה. הרש"ש כתב שמדברי התוס' בד"ה שבעך משמע שלא פרשו כך, שכתבו שאם לא היה כתוב שבעך למעט אכילה גסה היינו ממצעים אכילה גסה מואכלת ולא היינו ממצעים מוצץ דשתיה בכלל אכילה. ורק אחר דכתיב שבעך למעט אכילה גסה ממצעים מהיתור של ואכלת ולא מוצץ. ומשמע דס"ל שהמיעוט של מוצץ הוא משום דבעינן אכילה ולא שתיה, ולכן בעינן יתור ולא ממצעים מהמשמעות של אכילה מפני ששתיה בכלל אכילה. ונ"מ מזה היכא דמוצץ ואח"כ אוכל החרצנים, דלרש"י שרי, ולמש"כ הרש"ש בדעת התוס' אסור. ומקשה ע"ז הרש"ש דמבואר לקמן צ"א: שפועל שעושה בין שותה מן היין ולא אמרינן ואכלת ולא שותה. וכתב דצ"ל שנתמעט שתיה רק מדבר שראוי לאכילה משא"כ יין שאינו ראוי לאכילה שתייתו הוא אכילתו. ולכאורה נראה דליכא ראייה שתוס' חולקים על רש"י שהתוס' רק כתבו שאם שתיה לא היתה בכלל אכילה היינו ממצעים מוצץ מלשון אכילה בלי יתור מפני שאין זה אכילה אלא שתיה. אבל אחרי ששתיה בכלל אכילה ואין מוצץ מתמעט ממשמעות לשון אכילה אלא מהיתור של אכילה א"כ שוב יתכן שמה שממצעים מן היתור אינו משום שהקפידה תורה על אכילה ולא שתיה אלא נתמעט מוצץ מפני שאינו אוכל את כל הפרי כדפרש"י.

רע"א בשו"ע או"ח ס' ר"ב סע' ח' מביא שהפר"ח בספר מים חיים כתב שהמוצץ פרי מברך עליו כברכת הפרי ואינו נחשב כשותה משקין היוצאין מן הפרי שברכתו שהכל. הפר"ח שם בתחילת דבריו מביא ראייה מהא דממעטין הכא ואכלת ולא מוצץ שמוצץ אינו נחשב כאוכל אלא כשותה ומברך שהכל. ודוחה הפר"ח את הראיה מכאן דאין המיעוט ממשמעות לשון אכילה אלא מיתור כמבואר בתוס'. ונר' דלפי מה שמבואר ברש"י בל"ה אין ראייה מכאן דלרש"י אין המיעוט על מוצץ דוקא אלא מואכלת ילפינן דאין הטר לאכול חלק מן הפרי ולהשאיר את החלק השני שאינו ראוי לאכילה בפנ"ע. וגם אם יאכל אכילה ממש באופן זה אסור ואין החסרון במה שמוצץ אלא בזה שאינו אוכל את כל הפרי וא"כ ליכא ראייה מהכא דמוצץ אינו נחשב אכילה.

בספר עמק ברכה בדיני ברכות הנהגים אות ו' מאריך בענין ברכה על מציצת פירות ומוכיח שדעת הט"ז והגר"א דנחשב כשתיה ומברך שהכל ודעת הכ"מ שנחשב אכילה מברך בפה"ע. ומביא שבתוס' דידן מבואר שא"א למעט מוצץ ממשמעות לשון אכילה משום דשתיה בכלל אכילה מוכח דס"ל דמוצץ הוי כשותה וכדעת הט"ז והגאון. הרש"ש מקשה על דברי התוס' דמבואר בכריתות י"ג שחלב שתינוק יונק נחשב אוכל ולא משקה וצריך הכשר לקבל טומאה. ומבואר ברש"י שם שהטעם הוא משום דהוי משקה הבא לאוכל דדינו כאוכל כמבואר בשבת קמ"ד: לגבי סחיטה בשבת. וא"כ גם מוצץ ענבים יחשב אכילה ולא שתיה שהמשקה שבא מן הענבים לפיו הוי משקה הבא לאוכל ותורת אוכל עליו. וכתב הרש"ש שנ"מ מזה לענין ברכה שהמוצץ יברך בפה"ע ולא כדן השותה משקין היוצא מהם שמברך שהכל. ומקשה הרש"ש מזה על התוס' שכתבו שנחשב שתיה. ומה שמביא הרש"ש מהגמ' בכריתות נראה דשם מבואר רק דמשקה זה שבא לאוכל דינו כאוכל ולא כמשקה לענין קבלת טומאה וא"כ אין זה נחשב שתיה אלא אכילה וקשה על תוס' דידן, אבל לענין ברכה לכאורה אין ראייה משם דלגבי ברכה אין הקובע אם יש לזה שם אכילה או שתיה אלא אם זה גוף הפרי או זיעה ומה שזה מקבל דין אוכל מפני שבא לאוכל לא יפקיע מזה שם זיעה דסו"ס אין זה עיקר הפרי אלא זיעה בעלמא. [ואולי יש לחלק בזה בין אם מברך בפה"ע או שהכל שזה תלוי אי הוי זיעה או לא לבין שיעורו לענין ברכה אחרונה שזה תלוי אי הוי אוכל או משקה ולא אי הוי זיעה או לא, ויצא שיברך לפניו שהכל כדן השותה מי פירות ואעפ"כ שיעורו יהיה בכזית כיון דחשיב כאוכל]. אבל מתוס' כאן שכתבו דהוי שתיה מוכח שאין המציצה

נחשב כאוכל חלק מן הפרי שא"כ היה זה נחשב אכילה אלא כשותה את המשקה וא"כ ראית הרש"ש והעמק ברכה מכאן שהמוצץ מברך שהכל הוא לכאורה מוכרח.

מה שמקשה הרש"ש על התוס' מכריתות נראה לכאורה דלא קשיא דמבואר בתוס' בשבת קמ"ד. ד"ה לא לרצון שמה שחלב שיונק התינוק נחשב אוכל וצריך הכשר הוא דין מיוחד בתינוק שזהו מאכלו. ועיין בחזו"א אור"ח ס' נ"ה סק"ח שמישב ע"פ התוס' הנה מה שמקשה ר"ח שהובא ברי"ף בשבת שם דמבואר ביבמות קי"ד. שהתירו לחולה לינק מבהמה ביו"ט משום דהוי מפרק כלאחר יד ובמקום צער לא גזור. ולמה אין בזה התר של משקה הבא לאוכל. ומוכיח ר"ח מזה דלא קי"ל כשמואל שמתיר בשבת קמ"ד: לסחוט בשבת לתוך אוכל. וכתב החזו"א דלתוס' לא קשיא שרק בתינוק היונק חשיב החלב משקה הבא לאוכל כיון שזה מאכל התינוק. ולהלכה כתב שם החזו"א דאין לנטות בזה מדברי התוס'. וא"כ לא קשיא כלל קושית הרש"ש דהתוס' כאן אזלו לשטתם דרק בתינוק היונק נחשב משקה הבא לאוכל משא"כ המוצץ פירות אינו נחשב כמשקה הבא לאוכל ולכן כתבו דחשיב כשתיה ואין ראיה מהגמ' בכריתות לענין מוצץ פירות לא לענין הברכה ולא לענין שיעורו לענין ברכה אחרונה.

ענבים ולא ענבים וד"א. היכא דאכל עם דבר אחר פשוט דהוי גולן וצריך לשלם. המנ"ח במצ' תקע"ו מסתפק אם משלם כל מה שאכל או רק מה שאכל יותר מפני שאכל עם דבר אחר. וביאור הספק הוא דרש"י מבאר טעם האיסור שע"י שאוכל עם דבר אחר הוא אוכל יותר. ויש להסתפק אם זה רק טעמא דקרא אבל ממילא נאסר אכילה בצורה זו גם אם לא יאכל יותר וא"כ צריך לשלם הכל. או שהאיסור הוא מה שגורם שיאכל יותר ורק התוספת הוא שלא כדין ורק את זה הוא משלם.

אין הטבל מתחייב במעשר עד שיראה פני הבית. שיטת ר' ינאי שאף שהיה גמר מלאכה אין התבואה חייב במעשר מן התורה עד שיראה פני הבית, ועד אז מותר לאכול אכילת עראי כמו שמותר לאכול עראי לפני גמר מלאכה דתרת בינין, גמר מלאכה וראית פני הבית. וכן פסק הרמב"ם בפ"ד ממעשר ה"א. [ע' רש"י כאן אי בעינן דוקא בית ידיה או מהני גם בית של אחר]. ויש לעיין דבכמה מקומות מצאנו שזמן חלות חיוב תו"מ הוא מירוח ולא ראית פני הבית. דתנן בפאה פ"א מ"ו לעולם הוא נותן משום פאה ופטור מן המעשר עד שימרח, ונותן משום הפקר ופטור מן המעשרות עד שימרח. דהיינו שמה שהפקר ופאה פטורים מן המעשר הוא רק אם חל שם פאה או הפקר לפני שנתחייב במעשר אבל כשחל חיוב מעשר לא מהני הפקר להפקיע החיוב. ומבואר במשנה שזמן החיוב לענין זה הוא מירוח ואמאי תלוי במירוח ולא בראית פני הבית הרי לא חל חיוב ע"י מירוח לבד עד שיראה פני הבית. והר"ש שם עמד בזה וכתב שבאמת הפטור של הפקר אינו תלוי במירוח לבד אלא גם בראית פני הבית, ומה שהמשנה תולה במירוח היינו כגון שהכניס לבית לפני מירוח וסובר הר"ש דלא בעינן דוקא שיהיה המירוח לפני ראית פני הבית וכשקדם ראית פני הבית למירוח הפטור של הפקר הוא עד שימרח. אמנם לדעת הראשונים דס"ל דבעינן מירוח לפני ראית פני הבית [תלוי בפשט בדברי רב אושעיא שמערים אדם על תבואתו ומכניסה במוץ שלה כמו שיבואר בס"ד לקמן] א"א לפרש כפירוש הר"ש דמשמע במשנה שתלוי במירוח ומיד אחר המירוח אין הפקר פטור אף שעדיין לא היה ראית פני הבית.

עוד כתב שם הר"ש ד"ל שמדרכנן אין הפקר פטור אחרי מירוח אף שעדיין לא היה ראית פני הבית. וגם תי' זה א"א לומר בדעת הרמב"ם שהרמב"ם כתב בפ"ג ממעשר הכ"ב מצא תבואה מרוחה עושה אותה תו"מ על פירות אחרות ואינו חושש. והיינו דאף שאבידה דינה כהפקר ופטור מן המעשר שאני הכא שהיה אחר מירוח ואין הפקר פטור אחר מירוח. וכתב המקדש דוד זרעים ס' נ"ה אות ג' ד"ה אמרינן שמוכח מזה שהרמב"ם לא ס"ל כר"ש אלא ס"ל שפירות שהופקרו אחרי מירוח חייבים במעשר מן התורה אף שלא היה ראית פני הבית, שהרי כתב שיכול לעשר מפירות אלו על שאר פירות שיש לו בבית. וצריך להבין אמאי תלוי במירוח הרי אין הפירות מתחייבים ע"י מירוח אלא א"כ ראו פני הבית.

בביצה י"ג: ילפינן מקרא דמעשר ראשון שהקדימו בשבלין פטור מתרומה גדולה. ופריך א"ה אפי' הקדימו בכרי נמי, דהיינו שנאמר שגם אם הפריש מעשר ראשון לפני תרומה גדולה אחר מירוח יהיה המעשר פטור מתרומה גדולה. ומשני דכתיב מכל מתנותיכם תרימו את כל תרומת ה'. ופריך ומה ראית דהיינו מנין לחייב כשהפריש מע"ר אחרי מירוח ולפטור כשהפריש מע"ר לפני מירוח. ומשני האי אדגן והאי לא אדגן. דהיינו שמסתבר שהחיוב הוא אחר מירוח שכבר חל חיוב תרומה והפטור כשהפריש מע"ר לפני מירוח שעדיין לא חל חיוב תרומה. והקשו התוס' שם מאי פריך מה ראית הרי בודאי אין סברא לומר איפכא. וכתבו ששאלת הגמ' מה ראית לתלות במירוח אולי הכל איירי אחר מירוח וכאן לפני ראית פני הבית כאן לאחר ראית פני הבית. ומשני דמסתבר שתלוי במירוח ולא בראית פני הבית. ועיין בתוס' בשבת קכ"ז: שכתבו בתי' השני שאדגן לאו דוקא ובאמת לא תלוי במירוח אלא בראית פני הבית שאחר מירוח. ובדברי הרמב"ם בפ"ג מתרומות ה"ג משמע שתלוי במירוח ולא בראית פני הבית כמו שכתב המל"מ שם בד"ה ומ"ש רבינו. וצ"ב לפי התוס' בביצה ולרמב"ם אמאי תלוי במירוח הרי חיוב תרומה לא חל ע"י מירוח עד שיראה פני הבית.

הרמב"ם בפ' המשנה בתרומות פ"ח מ"ג כתב וז"ל העיקר אצלנו שאין הטבל מתחייב במעשרות עד שיראה פני הבית וכו' וכל הפירות הנאכלים בגנה או בשדה אינו חייב במעשרות לפי שהוא אכילת עראי עכ"ל. ולמד מזה המקדש דוד בס' נ"ו אות ג' ד"ה כתב הרמב"ם שהענין של ראית פני הבית אינו דין בחיוב הפירות דלענין חלות החיוב בפירות המירוח קובע, ומה שצריך ראית פני הבית הוא מפני שגם אחר גמר מלאכה בעינן שיהיה אכילה עם קביעות וכל זמן שאוכל בשדה לפני הבאת הפירות לבית אין זה אכילה החייבת במעשר. וזה דלא כפשטות לשון הגמ' בסמוך בעמ' ב' דהכנסה לבית זה הוא גמר מלאכתך, דמשמע שזה דין של גמר מלאכה ודין בפירות ולא דין בצורת האכילה. ולפי מה דמשמע ברמב"ם שראית פני הבית אינו דין בפירות אלא זה גורם שהאכילה היא חשובה כתב המקד"ד דניחא מה שהפטור של הפקר והחיוב הפרשה של תרומה גדולה ממעשר ראשון תלוי במירוח ולא בראית פני הבית, שהרי זמן חלות החיוב בפירות הוא בשעת מירוח, ומה שצריך ראית פני הבית הוא כדי שהאכילה תהיה חשובה וקבועה.

נמצא דנחלקו הראשונים בכל הדינים התלויים בזמן חלות חיוב תו"מ אם תלוי במירוח או בראית פני הבית. הרמב"ם והתוס' בביצה ס"ל דתלוי במירוח והר"ש והתוס' בשבת ס"ל דתלוי בראית פני הבית. ותלוי בגדר ראית פני הבית אם הוא דין בחלות חיוב של הפירות או דין בצורת האכילה. ועיין בשיטמ"ק כאן בשם הריטב"א שמקשה למאי דסברה הגמ' שבכל דבר סובר ר' ינאי שאינו מתחייב אלא בראית פני הבית קשה מכמה משניות דמבואר בהם שמירוח קובע למעשר. ולכאורה כונתו למשנה הנ"ל בפאה שפאה והפקר פטורים עד מירוח. וכתב הריטב"א דמוקי להו ר' ינאי מדרכנן א"צ התם בשכניסם במוץ

ועשה מהם גורן בביתו וס"ל שגמר מלאכה מחייב אפי' אחר ראית פני הבית, ובאופן זה תלוי חיובם במירוה כיון שכבר היה ראית פני הבית. וזה כדברי הר"ש הנ"ל, אלא שיש נ"מ בין הר"ש לריטב"א לענין הדין של הכניסה במוץ כמו שיבואר לקמן בס"ד.

מה בית משתמר אף חצר המשתמרת. מבואר בתוס' בסוד"ה עד דאף שמן התורה סובר ר"י דבעינן חצר המשתמרת מ"מ מדרבנן גם חצר שאינה משתמרת קובעת. אך זה רק לר"י אבל לר' ינאי דס"ל שחצר אינה קובעת מן התורה כלל אף שכתבו התוס' שגם ר' ינאי מודה שמדרבנן חצר קובעת היינו דוקא בחצר המשתמרת, ושאינה משתמרת אינה קובעת לר' ינאי אפי' מדרבנן. שמפורש במשנה בפ"ג ממעשרות מ"ה איזהו חצר שקובעת למעשר חצר צורית, ואיזהו חצר צורית כל שהכלים נשמרים בתוכה. ולר"י משנה זו היא מדאורייתא ולדידיה י"ל שמדרבנן גם חצר שאינה משתמרת קובעת, אבל לר' ינאי שגם המשתמר אינו קובע אלא מדרבנן ע"כ מתני' דחצר צורית היא מדרבנן, ומוכח שחצר שאינה משתמרת אפי' מדרבנן אינה קובעת.

בתאנה העומדת בגנה ונופה נוטה לחצר. כתב הריטב"א שכונת הגמ' שהנוף מגיע מהגנה עד סמוך לפתח החצר והפועל עומד בחצר ומיד עם לקיטתו נכנס הפרי לחצר, ולר' ינאי הנוף מגיע סמוך לפתח הבית מבחוץ והפועל עומד בבית ומיד עם הלקיטה נכנס התאנה לבית בתלוש דרך פתח הבית. הרשב"א מפרש שהנוף נוטה מהגנה אל תוך החצר או לתוך הבית. והקשה הרשב"א דבעינן שיכנס דרך שער והא לאו דרך שער הוא. וכתב דיש מי שפירש דאיירי שהנוף נכנס לבית דרך שער הבית. משמע דס"ל ששייך ראית פני החצר במחובר ולא כמבואר בתוד"ה בעה"ב דלא שייך ראית פני חצר במחובר. ועוד כתב הרשב"א בשם הראב"ד דאיירי שנכנס לתוך הבית ואף שאין כאן ראית פני הבית לא בעינן ראית פני הבית כשגדל בבית כמבואר בתוד"ה עד שיראה, וכן פירש הרמב"ן ע"ש. אך מדברי התוס' בתחילת ד"ה עד מוכח שפירשו כריטב"א שהנוף מגיע עד סמוך לפתח הבית ובשעת לקיטה איכא ראית פני הבית שהרי בתחילה סברו שגם אם גדל בבית חסר ראית פני הבית וע"כ שפירשו שהנוף נוטה באופן שאחרי הלקיטה איכא הכנסה לבית.

תוד"ה עד שיראה. כתבו שגם לר' ינאי חצר קובעת מדרבנן. והקשה הריטב"א דאמרין ביומא י. דר' יהודה סבר דבית שאינו ראוי לדירה בימות הגשמים אינו בית ואינו קובע למעשר. והקשו ממשנה במעשרות דמבואר דלר"י סוכת החג קובע למעשר. ומבואר שם דאין לומר שקובע למעשר מדרבנן דיצא מזה תקלה שיבאו להפריש מזה על דבר שחייב מן התורה ונמצא תורם מן הפטור על החיוב. ואיך כתבו התוס' כאן שלר' ינאי חצר קובע מדרבנן ואמאי לא חוששים גם בזה שפירשו מן הפטור על החיוב. וכתב הריטב"א דבית הראוי לימות הגשמים מיחלף בשאינו ראוי לימות הגשמים, אבל בית בחצר לא מיחלף. ואכתי צ"ב דזה ניהא במה שכתבו התוס' לר' ינאי, אבל בסוף דבריהם כתבו עוד שלר"י שחצר המשתמרת קובעת מן התורה חצר שאינה משתמרת קובעת מדרבנן, וע"ז יקשה אמאי לא חיישינן שמא יפריש מן החיוב על הפטור כמו שחששו ביומא דחצר בחצר מיחלף וצ"ע.

בעיקר דברי הגמ' ביומא שאם תורם ממה שהיה לו ראית פני הבית על מה שלא היה לו ראית פני הבית זה נחשב מן החיוב על הפטור תמה התוס' ישנים שם שהפרשה חלה גם כשמפריש לפני גמר מלאכה וכ"ש אחרי גמר מלאכה לפני ראית פני הבית, וא"כ כשמפריש מדבר שראה פני הבית על דבר שלא ראה פני הבית אין זה מן החיוב על הפטור אלא מן החיוב על החיוב. וכתב בזה האפיקי ים בח"ב ס' כ"ח ע"פ התוס' בשבת קכ"ז: שהדין של מע"ר שהפרישו לפני תרומה גדולה תלוי בראית פני הבית, שאם הפריש לפני ראית פני הבית אין המעשר חייב בתרו"ג ואם אחר ראית פני הבית המעשר חייב בתרו"ג. ואם בית שאינו ראוי לימות הגשמים קובע מדרבנן א"כ מעשר ראשון שהפרישו לפני תרו"ג אחרי כזה ראית פני הבית הוא חייב בתרו"ג מדרבנן, ויבאו להפריש ממנו על דבר שחייב בתרו"ג מן התורה והוי מן החיוב על הפטור.

תוד"ה מאי לאו. שיטת רש"י דאיירי לפני גמר מלאכה ולכן בעה"ב אוכל ופטור מן המעשר. ולוקח חייב מפני שהמקח קובע וקרא קמ"ל שפועל אינו נחשב מקח ואינו מתחייב. וראית הגמ' היא שאם גמר מלאכה אינו קובע עד שיראה פני הבית מקח לא יהיה עדיף מגמר מלאכה וגם הוא לא יקבע בלי ראית פני הבית. והתוס' הקשו דמבואר בביצה שמקח אינו קובע לפני גמר מלאכה. ועוד לרש"י מה שאלת הגמ' א"ה בעה"ב נמי, אמאי יתחייב בעה"ב בראית פני הבית בלי גמר מלאכה. וכתבו המהרש"א והמהר"ם דרש"י בעצמו מישב שאלה זו. שרק לה"א דס"ד דאיירי בתבואה איירי לפני מירוה, אבל למאי דמשני דאיירי באילן שנופו נוטה הגמר מלאכה באילן הוא לקיטת הפירות, וע"ז הקשו אי איירי בהכי בעה"ב נמי יתחייב שהרי גם בלקיטתו איכא גמר מלאכה וראית פני הבית.

שיטת התוס' דאיירי אחר גמר מלאכה ולוקח מעשר מפני שמקח קובע בדבר שנגמרה מלאכתו אפי' בלי ראית פני הבית. ומזה הקשו על ר' ינאי דמדבריו משמע שאין שום דבר שקובע מן התורה חוץ מראית פני הבית. וצ"ב לתוס' אי איירי אחר גמר מלאכה אמאי אוכל הפועל הרי אין פועל אוכל אלא עד שתגמר מלאכתו למעשר. וכתב המהר"ם שאין דין שפועל אינו אוכל מדבר שנגמרה מלאכתו למעשר אלא שאינו אוכל כשמלאכתו הוא בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר. והכא כיון שמלאכתו ללקט זה מלאכה בדבר שלא נגמרה מלאכתו למעשר א"כ דינו לאכול אף שאכילתו היא אחר גמר מלאכה. ומסיף המהר"ם שמפורש כן בתוס' בסמוך בד"ה תבואת זרעך שכתבו שפועל אוכל כשעושה בדבר שלא נגמרה מלאכתו אף שבזמן אכילתו כבר נגמרה מלאכתו. אך מקשה המהר"ם שבתד"ה בעל הבית מבואר לכאורה לא כך ודברי התוס' לכאורה סתרי אהדדי. ועיין במהרש"א דנקט בפשיטות שאין הפועל אוכל אם בזמן אכילתו כבר נגמרה מלאכתו אף שעבודתו בדבר שלא נגמרה מלאכתו. וכתב המהרש"א שמה שכתבו התוס' בד"ה תבואת זרעך שהמקח אינו מתחיל עד שיאכל ובאותה שעה כבר נתקן אין הכונה שנתקן בשעת אכילה לפני שנאכל שא"כ לא היה התר אכילה שאין פועל אוכל בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר, אלא כונת התוס' שהגמר מלאכה הוא בשעת אכילה ממש ונחשב אכילה בדבר שלא נגמרה מלאכתו. ועיין בחזו"א דמאי ס' ז' סק"ח שתמה על המהרש"א שאם מלאכתו של הפועל הוא בדבר שלא נגמרה מלאכתו למעשר יכול לאכול אף שהדבר שאוכל נגמרה מלאכתו לפני אכילתו.

גידון זה שנחלקו בו המהרש"א והמהר"ם אם מה שאין פועל אוכל בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר תלוי במה מלאכתו או שתלוי מה הוא אוכל ואפי' אם מלאכתו בדבר שלא נגמרה מלאכתו אינו אוכל אא"כ מה שאוכל לא נגמר מלאכתו הוא שני תירוצים ברשב"א לקמן פ"ט: דמבואר שם בגמ' שספיתא במלח קובע למעשר. וכתב שם הרשב"א בשם הראב"ד שאם אכילה

במלח קובע כ"ש שאכילה עם פת קובע, וא"כ קשה אמאי בעינן קרא למעט ענבים ולא ענבים ודבר אחר ללמד שלא יאכל עם פת ת"ל שאינו אוכל בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר ואכילה עם פת היא אכילה מדבר שנגמרה מלאכתו למעשר שהפת קובע. וכתב הרשב"א וי"ל דקביעות זה אינו מן התורה דבעינן כעין מקח. ועי"ל שאפי' היתה אכילתו בפת קובעת למעשר אי לאו דמיעט הכתוב ענבים ולא ענבים וד"א היה מותר לעשר ולאכול דדיש לא ממעט אלא כל שנגמרה מלאכתו בזה"ל למעשר קודם אכילת פועל. דהיינו שבת' השני כתב הרשב"א דאף שהאכילה עם פת קובע מן התורה וא"כ אכילתו היא אחר גמר מלאכה למעשר מ"מ כיון שלא נגמר מלאכתו לפני מלאכת הפועל דין הפועל לאכול אף שבשעת אכילה הוא אוכל דבר שכבר נגמרה מלאכתו למעשר. ומסיים הרשב"א על תירוצו השני וזה נראה לי עיקר.

מערים ומכניסה במוץ שלה. התוס' הוכיחו מדין זה שראית פני הבית אינו מחייב בדבר שלא נגמרה מלאכתו. דהיינו שהתוס' מפרשים שמכניס במוץ היינו שמכניס לפני גמר מלאכה, ומוץ לאו דוקא אלא הכונה לפני מירוח, ונקטו מוץ מפני שאין הדרך לעשות מירוח לפני שדשים ומורידים את המוץ. התוס' לקמן עמ' ב' בד"ה לא הוסיפו דכיון שהכניס לבית לפני גמר מלאכה לא יתחייבו הפירות גם אם אח"כ יגמור מלאכתו בבית, שבתבואה שהדרך לעשות גמר מלאכה לפני הכנסה לבית הסדר מעכב ואם שינה אין הפירות מתחייבים במעשר. גם רש"י בפסחים ט. ס"ל כן דהכניס במוץ היינו לפני מירוח. ורש"י מוסיף ביאור במה שלא מהני גמר מלאכה אחרי ראית פני הבית דבית קובע בשעת כניסה לבית דהיינו פני הבית. ואם בשעת כניסה לבית לא נגמרה מלאכתו אין הפירות ראויים להתחייב במעשר, וכשממרחן אח"כ בבית כבר אין ראית פני הבית והוי ממש כנכנס דרך גגין וקרפפות.

הר"ש יש לו שיטה אחרת בענין זה. דתנן בפאה פ"א מ"ו ונותן משום הפקר ופטור מן המעשר עד שימרח. וכבר הובא לעיל ששיטת הר"ש שגם אחרי מירוח הפקר פטור עד שיראה פני הבית, ומה דנקט התנא מירוח הוא משום דאיידי שהיה ראית פני הבית לפני מירוח. וז"ל הר"ש ולמאן דבעי התם ראית פני הבית מיירי מתני' עד שימרח בבית וכגון דלא הכניס התבואה במוץ שלה אלא לאחר שנטהרה מן המוץ הכניסה בבית ומירוחה שם עכ"ל. הרי שמפורש בר"ש שאין קפידא שיהיה המירוח לפני ראית פני הבית ולא כרש"י בפסחים והתוס' לקמן, ואעפ"כ בעינן שיטהר את התבואה מן המוץ לפני שמכניס לבית. ומבואר דס"ל שבהכנסה במוץ אין החסרון מפני שלא נגמר מלאכתו אלא מטעם אחר לא מהני ראית פני הבית כשהתבואה במוץ שלה. והדברים מבוארים יותר בר"ש במעשרות פ"א מ"ה על המשנה שמובא לקמן הקישואים והדלועין משיפקסו, ומבואר בגמ' שהפיקסו שהוא גמר מלאכתו יכול להיות אחר ההכנסה לבית. והקשו התוס' לקמן מ"ש שמכניס במוץ שלא מהני מפני שצריך גמר מלאכה לפני ראית פני הבית. וכתבו התוס' דבעינן כל דבר כדרכו. הר"ש שם כתב על שאלה זו דלעולם מהני גמר מלאכה גם אחר ראית פני בית, ומה שמכניס במוץ אינו מתחייב הוא מטעם אחר וז"ל דהתם בעינן שיראו פני הבית בכניסתו וכל זמן שהם במוץ ליכא ראיא אבל הכא [בקישואין ודילועין] נראין אע"פ שלא נטל פקס שלהן עכ"ל. הרי מבואר שהחסרון של מוץ אינו משום חסרון גמר מלאכה, שגמר מלאכה יכול להיות גם אחר הכנסה לבית, אלא במוץ איכא חסרון אחר דכיון שהתבואה מכוסה במוץ הרי המוץ חוצץ בין התבואה לפתח הבית וליכא ראית פני הבית. וזה משי"כ הר"ש בפ"ק דפאה שכדי שיוכל לעשות מירוח בבית בעינן שיטהר מן המוץ לפני ההכנסה לבית ואז יהיה ראית פני הבית ואפשר לעשות מירוח בבית. וכדברי הר"ש מבואר גם בשיטמ"ק בסמוך בתחילת דף פ"ח: בד"ה לא משיפקסו בשם תר"פ וז"ל ותר"פ תיין דהתם [במכניס במוץ] ליכא ראית פני הבית כלל שהיא בתוך המוץ אבל הכא כי לא פקסו נמי איכא שפיר ראית פני הבית דאין הפקס מכסה הקישואין והדלועין אלא הוא סביב להם עכ"ל. ועיין בענין זה באפיקי ים ח"ב ס' כ"ט שהביא דברי הראשונים בזה.

הריטב"א בתחילת הסוגיא כתב בר"ש שהמשנה בפאה שהפקר פטור עד מירוח איירי כשמירח אחר ראית פני הבית אבל לא כתב בר"ש דאיידי שהוריד את המוץ לפני שהכניס לבית ורק המירוח היה אח"כ אלא כתב שהכניס במוץ ומירח בבית. דהיינו דס"ל שאין חסרון אחר במוץ אלא רק שזה לפני מירוח. וס"ל שכל הדין של מכניס במוץ הוא שאם רוצה להמשיך לאכול עראי אחרי שמכניס לבית יכניס לפני מירוח וישאר התר אכילת עראי לפני מירוח גם בבית. אבל אם יעשה מירוח בבית הפירות יתחייבו, שבזה סובר הריטב"א בר"ש שמירוח יכול להיות אחר ראית פני הבית, ומה שסובר הר"ש שבמוץ יש חסרון נוסף הריטב"א לא ס"ל כן. גם הרמב"ם ס"ל בזה כריטב"א שכתב בפ"ג ממעשר ה"ד שאם הכניס לבית לפני גמר מלאכה ואח"כ גמר מלאכתו בבית חייב לעשר הכל. ובה"ו מבואר דס"ל כן גם לענין הכניס במוץ שאם גמר מלאכתו אח"כ בבית חייבים במעשר אף שבזמן הכניסה היו במוץ. אך קשה על הרמב"ם והריטב"א מהגמ' בפסחים ט. דמבואר שם שגם פירות מרוחים בבית אינם טבל ודאי דיתכן שהכניס במוץ, ולרמב"ם והריטב"א גם אם הכניס במוץ הוא מתחייב אח"כ כשמורח. ומגמ' זו הוכיחו התוס' בעמ' ב' ד"ה לא שאם הכניס לפני גמר מלאכה אינו מתחייב כשמורח בבית. עיין משי"כ בזה החזו"א בשביעית ס' א' סק"ח.

נמצא ג' שיטות בענין הכניסה במוץ שלה. א. התוס' כאן ורש"י בפסחים ס"ל שהחסרון של מוץ הוא שזה לפני גמר מלאכה, ובתבואה בעינן דוקא גמר מלאכה ואח"כ ראית פני הבית. לתוס' מפני שיש קפידא שהסדר יהיה כדרכו. לרש"י מפני שלא חל דין ראית פני הבית מפני שלא יכול לחול חיוב לפני גמר מלאכה, ואח"כ כשגומר בבית כבר אין פני הבית. ב. הריטב"א והרמב"ם ס"ל ג"כ שהחסרון של מוץ הוא דהוי לפני גמר מלאכה אבל ס"ל שאין קפידא על הסדר וגם אם הכניס במוץ יכול להתחייב אח"כ ע"י גמר מלאכה. הר"ש ותר"פ ס"ל שמירוח יכול להיות גם אחרי ראית פני הבית אבל מוץ הוא חסרון אחר שאין התבואה רואה פני הבית כיון שהוא מוקף במוץ והוי כנכנס דרך גגין וקרפפות.

תוד"ה הכא בתאנה. כתבו דמאי דנקט תאנה הוא לאו דוקא דר' ינאי איירי לענין חיוב דאורייתא ומעשר תאנה אינו אלא מדרבנן דמן התורה אין חיוב אלא בדגן תירוש ויצהר. שיטת הרמב"ם בפ"ב מתרומות ה"א שכל פירות האילן חייבים בתו"מ מן התורה ורק ירקות חייבים מדרבנן כמבואר שם בה"ו. והכ"מ שם בה"א כתב שאחד מן המקורות לשיטת הרמב"ם הוא מכאן דמשמע דמעשר תאנים הוא מן התורה. שיטת הראב"ד שהובא בשיטמ"ק בעמ' ב' ד"ה וז"ל הראב"ד שכל ז' מינים חייבים מן התורה דילפינן תרומה מביכורים. גם הרמב"ן כאן כ"כ בשם הראב"ד אך מביא שאח"כ הראב"ד חזר מזה וס"ל שרק דגן תירוש ויצהר הם דאורייתא, וכן מבואר בראב"ד בפ"ג מתרומות ה"ט שתרומת שאר פירות דרבנן חוץ מדגן תירוש ויצהר. וכן מוכח בתוס' כאן שכתבו שתאנים מדרבנן אף שהם מז' מינים. הרמב"ן בפ"י החומש פ' ראה ס"ל שאפי' זיתים וענבים אינם חייבים מן התורה אלא דוקא יין ושמן. וכן דעת תר"י בברכות בדף מ"א. מדפי הרי"ף ד"ה כל. ודלא כתוס' לקמן עמ' ב' ד"ה כי שגם ענבים חייבים מן התורה. וברמב"ן לקמן בתחילה כתב כדבריו בחומש שענבים מדרבנן ואח"כ כתב ואפשר דאפי' זיתים וענבים שחשכם לאכילה חייבים מן התורה. ועיין ברש"י שלמאי דס"ד דהא דדרשינן הכא שפועל אוכל ופטור מן המעשר היא דרשה גמורה מוכח דענבים חייבים מן התורה דקרא איירי באכילת ענבים כדרשינן ואכלת ענבים ולא מוצץ. המל"מ בפ"א

ממעשר שני הי"ב מביא ששיטת הסמ"ג דאף דתרו"ג ומע"ר אינם נוהגים מן התורה אלא בדגן תירוש ויצהר מ"מ מעשר שני הוא מן התורה בכל דבר אפי' בירקות. ותמה עליו דלא מצאנו לאחד מגדולי המורים שיאמרו כן. אמנם הטורי אבן ברה"טו: מביא שזה דעת היראים ותמה עליו דא"כ איך תקנו רבנן להפריש תרו"ג ומע"ר מכל דבר מדרבנן הרי הם טבולים למע"ש ונמצא הכהן והלוי אוכלים טבל.

תוד"ה בעה"ב עיניו בתאנתו. נחלקו רש"י ותוס' לענין מה נאמר בגמ' החילוק בין בעה"ב שעניו בתאנתו ללוקח שעניו במקחו. רש"י ס"ל שזה נאמר לענין ראית פני הבית, שבעה"ב שעניו בתאנתו אף שהכניס מקצת פירות לבית או לחצר אין זה נחשב ראית פני הבית גם לגבי אותן פירות שנכנסו כיון שעיקר האילן נשאר בחוץ. משא"כ לוקח שדעתו על מקחו בלבד שפיר איכא ראית פני הבית בהכנסת מקצת פירות אף שעיקר האילן נשאר בחוץ. ולתוס' אין מה שבעה"ב עיניו בתאנתו חסרון בראית פני הבית אלא בגמר מלאכה. שבעה"ב שעניו בתאנתו אין גמר מלאכה עד שילקט את הפירות כולם או רובם. משא"כ לוקח שדעתו על מקחו [וה"ה בעה"ב כשאין דעתו ללקט אלא כדי צרכו] איכא גמר מלאכה כשמצרף שתיים. אבל לרש"י אין זה חסרון בגמר מלאכה אלא בראית פני הבית. ומה שסיים רש"י בסד"ה עיניו בתאנתו דכיון שהעיקר בחוץ, עד שיגמר כל לקיטתו ויכנס לבית לאו גמר מלאכה היא, אין כונתו דחסר גמר מלאכה אלא גם ראית הבית קורא רש"י גמר מלאכה כלשון הגמ' בעמ' ב' הכנסתן לבית זה הוא גמר מלאכתן.

ביאור קושיית התוס' על רש"י הוא שכאן בגמ' דאיירי בדברי ר' ינאי שמצריך גמר מלאכה וראית פני הבית אפשר לפרש שהחסרון בעיניו בתאנתו הוא בגמר מלאכה כתוס', ואפשר לפרש כרש"י שזה חסרון בראית פני הבית. אבל למ"ד שמקח קובע בלי ראית פני הבית, וכן למאי דס"ד הכא להוכיח מהדרשה של כנפשוך דלא כר' ינאי אלא שמקח קובע בלי ראית פני הבית קשה מ"ש פועל מלוקח, שלגבי פועל ע"כ איירי לפני גמר מלאכה שאינו אוכל בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר. [הובא לעיל שהמהר"ם מקשה שתוס' כאן לכאורה סותר דבריו דלעיל ודלקמן ד"ה תבואת שפועל אוכל גם בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר אם עבודתו הוא בדבר שלא נגמרה מלאכתו למעשר]. ומה שלוקח חייב במעשר הוא ע"כ אחר גמר מלאכה דאין המקח קובע בדבר שלא נגמרה מלאכתו למעשר. ואיך משכחת שלגבי הלוקח יש גמר מלאכה ולגבי הפועל אין. וע"כ צ"ל גם בזה כתי' הגמ' שלוקח דעתו על מקחו לכן לגביו הוי גמר מלאכה ופועל שהוא תלוי בבעה"ב דעתו על תאנתו ולכן לגביו ליכא גמר מלאכה. אך כ"ז נראה לתוס' שחילוק זה נאמר לענין גמר מלאכה אבל לרש"י שנאמר רק לענין ראית פני הבית זה לא יתרץ למ"ד שמקח קובע דלדידיה לא בעינן ראית פני הבית. ומה שהקדימו לקושייתם את הגמ' בביצה והגמ' לקמן צ"ג הוא דבביצה מבואר שלמ"ד שמקח קובע זה קובע בלי ראית פני הבית. ומלקמן הביאו שאחרי גמר מלאכה אין פועל אוכל אפי' שלא ראה פני הבית. וא"כ ע"כ אין הנ"מ בין פועל ללוקח בראית פני הבית אלא בגמר מלאכה ומוכח כפירוש התוס' ולא כרש"י. אמנם יוצא מדברי התוס' שגם למאי דס"ד צריך להגיע לחילוק שבעה"ב עיניו בתאנתו ולוקח עיניו במקחו, ובגמ' משמע שצריך לזה רק אחרי התי' של הכא בתאנה העומדת בגנה ונופה נוטה לחצר. עיין בשיטמ"ק ד"ה ותלמיד ר"פ שעמד בזה.

ואכלת ולא מוכר. ברמב"ם בפ"ב ממעשר ה"א מבואר דילפינן מהכא שמירוח שנעשה ע"ד למכור אינו מחייב. ועיין מה שכתבנו בזה בסמוך בשיטות הראשונים בענין פטור לקוח. המנ"ח במצ' שצ"ה סוף אות ד' כתב דלולא דברי הרמב"ם היה נראה לפרש דרשה זו דואכלת ולא מוכר באופן אחר. דקמ"ל קרא דליכא חיוב על כל מי שיש לו פירות טבל לעשר אפי' אם אינו רוצה לאכול אלא אם אינו רוצה לאכול אינו מחויב לעשר ויכול למכור בלי לעשר. וזה דלא כדברי הט"ז ביו"ד ס' א' דס"ל שיש מצוה לעשר אפי' אם אינו רוצה לאכול.

תבואת זרעך ולא לוקח. שיטת ר"ת שהפטור של לקוח הוא דוקא כשנתמרח ברשות המוכר ואח"כ עבר לרשות הלוקח. סברת ר"ת דילפינן מקרא תבואת זרעך שהפירות חייבים רק כל זמן שנמצאים ברשות שבו נתחייבו הפירות בתו"מ. וכיון שהמחייב הוא הגידול והמירוח אם המקח נעשה אחרי מירוח הלוקח פטור מפני שלא נתחייבו ברשותו. אבל אם קנה לפני מירוח והמירוח היה ברשותו הרי הפירות נמצאים ברשות שבו נתחייבו ואין בהם פטור של לקוח. [עיין במנ"ח מצ' שצ"ה אות ה' שלפי הר"ש שהובא לעיל שמה שהפקר פטור עד שימרח היינו מירוח עם ראית פני הבית ה"נ הכא הדין לקוח תלוי במירוח וראית פני הבית]. והיכא שהמירוח היה ברשות מוכר ויש לקונה פטור של לקוח מבואר בתוס' שאם חזר ומכר למוכר הפירות חוזרים לחיובם שאצלו זה תבואת זרעך. ועיין במנ"ח במצ' שצ"ה אות ה' שמסתפק לשיטת ר"ת אם קנה לפני מירוח ומירח הלוקח שלר"ת אין לו פטור לקוח כיון שנתחייבו הפירות ברשותו, מה יהיה הדין אם אח"כ חזר המוכר וקנה מהלוקח אם יתחייבו הפירות או לא. דיתכן שהמוכר פטור שהרי לא נתחייבו הפירות ברשותו שנמרחו ובאו לכלל חיוב אצל הקונה. ושמא אין לו פטור של לקוח כיון שגדלו ברשותו והוי תבואת זרעך. ביאור ספקו של המנ"ח הוא האם הפטור של לקוח לר"ת הוא רק כשאף אחד מחלקי החיוב לא נעשו ברשותו ואם הגידול היה ברשותו אין לו דין לקוח אף שהמירוח לא היה ברשותו, א"ד הכל תלוי במירוח שהוא גמר החיוב וכיון שגמר חיוב הפירות היה אצל הלוקח המוכר יחשב לקוח כיון שלא נתחייבו הפירות ברשותו.

שיטת הריב"ם שפטור לקוח דמי לפטור של הקדש והפקר וכמו שבזה הפטור הוא רק אם הקדיש או הפקיר לפני שחל חיוב על הפירות ע"י מירוח כך הפטור של לקוח הוא רק לפני מירוח אבל אם כבר נתחייבו הפירות ע"י מירוח שוב אינם נפטרים ע"י שעברו לרשות הלוקח. יש לעיין במה שמדמה הריב"ם פטור לקוח לפטור של הפקר והקדש, שהפטור של הפקר ושל הקדש אינם שווים כמבואר בתוס' לעיל כ"א: ד"ה ופטורות, דאף שבשניהם אין פטור אחר מירוח מ"מ בהפקר לא בעינן שיהיה הפקר בשעת מירוח אלא כל שהיה הפקר רגע אחד לפני מירוח הוא נפטר ממעשר אף שזכה בו לפני מירוח והמירוח נעשה כשכבר לא היה במצב של הפקר. והקדש אינו כן דאין הקדש לפני מירוח פוטר אא"כ נשאר הקדש בשעת מירוח דאין רשות הקדש פוטר אלא מירוח הקדש אינו מירוח המחייב. לכאורה נראה דגדר פטור לקוח לריב"ם הוא כפטור הקדש שמירוח שנעשה ברשות הלוקח אינו מחייב דבעינן מירוח ברשות של תבואת זרעך. ועיין ברש"ש שכתב שלריב"ם אם מירח הלוקח וחזר ומכר למוכר לא יחזרו פירות לחיובם שכבר נפטרו ע"י מירוח הלוקח.

שיטת הרמב"ם דב' דינים נאמרו בגמ' בענין מוכר א. עשר תעשר ואכלת ולא מוכר. ב. תבואת זרעך ולא לקוח. והרמב"ם מביא ב' דינים אלו בב' הלכות בפ"ב ממעשר. בה"א כתב שהגומר פירות על דעת למכור פטורים מן התורה מתו"מ. ומביא הרמב"ם ע"ז קרא דעשר תעשר. בה"ב כתב הרמב"ם הפטור של לקוח ומביא ע"ז קרא תבואת זרעך. ולגבי פטור זה כתב הרמב"ם שהוא דוקא אם קנה אחר מירוח דס"ל לענין זה כר"ת. ומשמע ברמב"ם שהפטור של מירוח ע"ד למכור הוא דין אחר

מהפטור של לקוח. שאם בשעת מירוח היה דעתו למכור אין מירוח זה מחייב ומי שאוכל מזה אפי' לפני המכירה פטור מן המעשר אף שאין בזה פטור של לקוח מ"מ יש פטור של מורה ע"ד למכור. והדין לקוח הוא פטור אחר ואפי' אם המירוח לא היה ע"ד למכור אם אח"כ מכר יש פטור של לקוח. כן מבואר במנ"ח מצ' שצ"ה אות ד', וכן כתב רע"א בגליון הרמב"ם בשם תש' בתי כהונה שהפטור של לקוח הוא אפי' לא מרח המוכר ע"ד למכור. אבל הרמב"ן כאן כתב דאין פטור של לקוח כלל אלא רק כשהמוכר מירח ע"ד למכור. וכתב שכן דעת הרמב"ם. וצ"ב לדבריו אמאי בעינן תרי קראי הרי יש רק פטור אחד של מירוח ע"ד למכור, וכן קשה למה חילקם הרמב"ם לב' הלכות. ע' מש"כ בזה הגר"ח זצ"ל בפ"ב ממעשר ה"א.

שיטת הראב"ד בפ"ב ממעשר ה"ב לפי מה שמפרש הכ"מ את דבריו שהפטור של לקוח הוא בין לפני מירוח בין אחר מירוח. נמצא ד' שיטות בזה א. לר"ת פטור לקוח הוא דוקא אחר מירוח. ב. לריב"ם הפטור הוא דוקא לפני מירוח. ג. לראב"ד בין לפני בין אחרי. ד. לרמב"ן בדעת הרמב"ם אין פטור של לקוח אא"כ המירוח נעשה ע"י המוכר ע"ד למכור.

תוד"ה תבואת זרעך. ר"ת מביא ראיה לשטתו מהגמ' בבכורות שהלוקח טבלים ממורחים מן הנכרי מעשרן והן שלו. והקשו אמאי מעשר הרי מירוח עכו"ם פטור, ומשני שמירחן ישראל. וכתבו התוס' שאין כונת הגמ' שמרח הישראל לפני שקנה מן העכו"ם דזה נחשב מירוח עכו"ם אלא כונת הגמ' שקנה ישראל לפני מירוח והישראל מירח. וקשה אמאי אין בזה פטור של לקוח, אלא מוכח שאם קונה לפני מירוח ליכא פטור של לקוח. בסוף הדיבור כתבו דחייתו של ריב"ם לראיה זו, דמה שהלוקח לפני מירוח יש לו פטור הוא דוקא כשלוקח מישראל שיש לו קנין לענין דיני תומ' וזה תבואת זרעך שלו וכיון שנתמרח ברשות של מי שאין זה תבואת זרעו זה פטור. אבל הלוקח מן הנכרי כיון שאין לו קנין בא"י להפקיע מיד מעשר אין זה נקרא תבואת זרעו ואין ללוקח ממנו פטור לקוח. וב' חידושים יש בדברי ריב"ם אלו. א. אף דאין לו קנין להפקיע קדושת הארץ מ"מ בודאי הקרקע הוא שלו והוא בעלים על הפירות הגדילים שם ואעפ"כ סובר ריב"ם שאין זה נחשב תבואת זרעו כיון שלענין דיני התרומה אין הוא נחשב בעלים. כגם אם אין זה תבואת זרעו של הנכרי מ"מ זה גם לא תבואת זרעו של הישראל שקנה מן העכו"ם הרי זה לא גדל ברשותו ואמאי לית ליה פטור לקוח. וצ"ל דס"ל שאם אין אף אחד שנחשב בעל התבואת זרעך אזלינן בתר המירוח וכיון שהמירוח נעשה ברשותו הפירות מתחייבים, ורק כשיש מי שנחשב תבואת זרעו והמירוח לא נעשה ברשותו איכא פטור של לקוח.

יש לישב עוד באופן אחר שלא יקשה על הריב"ם מהגמ' בבכורות. דיש ראשונים שגרסו בגמ' בבכורות דמרחינהו ישראל ברשות עכו"ם. ומשמע מלשון זה שלפני שקנה מהעכו"ם הישראל עשה את המירוח בעוד הפירות בבעלות העכו"ם. והתוס' לא פירשו כן משום דס"ל דאין זה נחשב מירוח ישראל אלא מירוח עכו"ם דלא תלוי במי שעשה בפועל את המירוח אלא במי שהיה בעלים בשעת מירוח. ולכן פירשו דמרחינהו ישראל היינו שמרח הישראל אחר שקנה מן העכו"ם. אבל דעת כמה ראשונים אינה כן אלא שדין מירוח תלוי במי שעשה את המירוח בפועל ולא במי שהיה בעלים בשעת מירוח. שהרמב"ן בקידושין מ"א: ס"ל שישראל שמרח פירות של עכו"ם נחשב מירוח ישראל וחייב במעשר. וכן כתב הריטב"א שם. עיין בקה"י קידושין ס' ל"ח שהאריך בענין זה. ולדברי ראשונים אלו יש לפרש את הגמ' בבכורות כפשוטו שהישראל מרח לפני שקנה מן העכו"ם ושפיר הוי מירוח ישראל ואין פטור של לקוח מפני שקנה אחר מירוח כשיטת ריב"ם.

עוד כתבו התוס' להוכיח מהגמ' במנחות דאיכא חיוב דרבנן על דבר שגדל ברשות עכו"ם אפי' למ"ד יש קנין דאיתא התם דמי שנתערב לו טבל בחולין באופן שמן התורה הוא בטל ומדרכנן אינו בטל שצריך להפריש מדבר אחר שחייב מדרכנן ע"ז. ומבואר שם שיקח מן השוק פירות של עם הארץ שהם דמאי וחייבים מדרכנן. מגמ' זו למד האתון דאורייתא בס' ו' שתקנת דמאי לא היה לחשוש שמא אינו מעושר ולא לסמוך על רוב ע"ה מעשרין שא"כ ממ"נ אינו יכול לעשר מזה על דבר שמחויב מדרכנן, שאם הדמאי אינו מעושר הוא מחויב מן התורה ואם הוא מעושר אינו מחויב כלל, אלא מוכח שגם על הצד שזה מעושר יש חיוב דרבנן ודאי ולכן יכול לעשר מזה על דבר אחר שחייב מדרכנן. וכן מוכיח שם מחולין ו'. שהקשו על ר"א שאכל תערובת דמאי השתא בהמתן של צדיקים וכו' ומה קשה אולי הדמאי דנודמן לפניו היה מעושר אלא מוכח שאסור רבנן מדין ודאי אפי' על הצד שזה מעושר. אך לא ביאר האתון דאורייתא לפ"ז אמאי אין חיוב נתינה בדמאי ומ"ש מכל חיוב דרבנן שיש בו דין נתינה מדרכנן. וכן יש לעיין משבת כ"ג. שלא מברכים על הפרשת דמאי מפני שזה ספק דבריהם. ואולי זה יתישב ע"פ דברי הר"ן שם יעו"ש.

התוס' מקשה על הגמ' במנחות אמאי לא אמרו שיקח דבר שנמרח אצל המוכר ויש על הלוקח פטור של לקוח לשיטת ר"ת וחייבו מדרכנן. וכתבו דכיון שאם יחזור לרשות המוכר יחזור החיוב למקומו דמי למן החיוב על הפטור שחייב דרבנן שיכול לבא לידי חיוב דאורייתא נראה כדאורייתא ולא רצו שיפריש מזה על דרבנן אחר. ומבואר דפשיטא להו שאם חזר לרשות המוכר בטל הפטור של לקוח כיון שעכשיו נמצא ברשות של תבואת זרעך, וכן כתב הר"ם בפאה פ"א מ"ו. ויש לעיין בזה מדין לקוח במעשר בהמה. דתנן בבכורות נ"ה: שלקוח פטור ממעשר בהמה. והמהרי"ט אלגזי בבכורות פ"ח אות פ"א ד"ה הן וכן המנ"ח מצ' ש"ס אות ו' מוכיחים מהגמ' שם נ"ו. שגם אם חזר המוכר וקנה מן הלוקח נשאר פטור לקוח. וכן מבואר ברש"י בבכורות י"א. ד"ה אי אתה יכול לומר, וכמו שכתב בהגהות חשק שלמה שם. וצ"ל דגדר הפטור של לקוח במעשר בהמה שונה מהפטור לקוח במעשר דגן. דבמעשר דגן אין דין שמקח פוטר אלא שהחיוב הוא רק ברשות של תבואת זרעך, ולכן כשהחזר לרשות של תבואת זרעך חזר החיוב למקומו, משא"כ במעשר בהמה הפטור נלמד בבכורות נ"ה: מדהוקש צאנך ובקר לבניך מה בניך אינם בלקוח אף צאנך ובקרך אינם בלקוח. ובזה הפטור הוא מה שנעשה בהם מקח ואינם דומיא דבניך, לכן גם כשהחזר לרשות המוכר נשאר הפטור מפני שאכתי נעשה בהם מקח. ומה"ט דנים האחרונים לענין יורש אי הוי כלקוח לענין מעשר דגן, עיין בחי' רע"א על דמאי פ"א שמתפק בזה. והמנ"ח מצ' שצ"ה בסוף אות ה' מביא שזה תלוי אם רשות יורש כרשות לוקח דמי או לא ע"ש. ולגבי מעשר בהמה מפורש במשנה בבכורות נ"ו: דיורש חייב במעשר בהמה. והיינו משום דלגבי מעשר בהמה המקח פוטר וירורשה אינה מקח משא"כ במעשר דגן לא תלוי במקח אלא הפטור הוא מה שאינו נמצא ברשות של תבואת זרעך ואם רשות יורש נחשב רשות אחרת אין זה תבואת זרעך אף שלא נעשה בו מקח.

ריב"ם מקשה על ר"ת מתקנת דמאי דאיירי בלוקח טבלים ממורחים מע"ה דלפני מירוח בודאי אין רוב מעשרים ומשמע שזה דרבנן רק בגלל שמן התורה תולים שהע"ה הוא מן המעשרים אבל אם היה ידוע שלא עישר היה דאורייתא ולר"ת יש בזה פטור של לקוח. וכתבו התוס' דלא קשיא דאח"כ גם אם אינו מעושר אין חיובו אלא מדרכנן אבל זה חיוב דרבנן ודאי וצריך לתת מעשר ללוי משא"כ דמאי אינו אלא ספק. הגמ' בשבת כ"ג. שואלת על מה שמבואר שם שמברכים ברכה על מצוה דרבנן

מהא דמפרישים דמאי ערום ומוכח דלא מברכים. ומשני דעל ספק דדבריהם לא מברכים אבל על ודאי דרבנן מברכים. והקשה רע"א בחי' על שבת למאי דס"ד להוכיח מדמאי שלא מברכים על כל הפרשה דרבנן אמאי נקט התנא דמאי הרי לפי ר"ת כל דמאי הוא בל"ה דרבנן מפני שהוא לקוח וא"כ ערום יכול לתרום גם כשלוקח טבל ודאי ולא רק כשלוקח דמאי. ומדנקט דמאי ע"כ שרק בספק לא מברכים ומה הה"א של הגמ' להקשות משם.

בספר זכרון שמואל במכתבים בסוף הספר מכתב ב' כתב מרן הגר"ש זצ"ל לישב קושית רע"א דכיון דמבואר בתוס' ובר"ש שאם הפירות חוזרים לרשות המוכר הם חוזרים לחיובם מוכח שמעולם לא פקע שם טבל מן הפירות לגמרי שאם פקע איך חוזר לטבלו כשהחזיר לרשות המוכר. אלא שיש פטור על רשות לוקח מחובת הפרשה. וכיון שלא פקע שם טבל מיניה מחדש הגר"ש זצ"ל שאף שהלוקח פטור מהפרשה מ"מ אם יפריש חלה מהפרשה מן התורה מעין הדין של פירות לפני מירוח שאינו חייב להפריש וההפרשה חלה. ובה מישב מה שמקשים אמאי לא נזכר בפוסקים שאחר שמפריש הלוקח שהוא חייב מדרבנן אם חזר לרשות המוכר הוא חוזר ומפריש כיון שמה שהפרישו בזמן שהיה פטור מן התורה אינו פוטר החיוב דאורייתא שיש עכשיו. וכתב הגר"ש דאינו כן אלא כיון שמעולם לא פקע שם טבל מיניה, אף שאינו חייב להפריש מן התורה מ"מ הפרשתו חלה מן התורה ואין המוכר צריך לחזור ולהפריש כשיחזור לרשותו. וא"כ לא קשיא קושית רע"א שהלוקח טבל ודאי פשוט שיכול לברך אף אם לא מברכים על מצות דרבנן דאף שאין חיוב הפרשתו אלא מדרבנן מ"מ ההפרשה חלה מן התורה ונפטר ע"י הפרשה זו אפי' כשיחזור לרשות המוכר ושפיר מברך על הפרשה זו. ובה יש להוסיף ביאור במה שכתבו התוס' לעיל שאין להפריש מפירות שיש בהם פטור של לקוח על שאר דרבנן דלוקח דמי יותר לחיוב כיון שאם יחזור לרשות המוכר חוזר לחיובו. ולדברי הגר"ש אין חומרתו רק מפני שיכול לבא למצב שיחזור לחיובו אלא כיון שיכול לחזור למצב של חיוב גם היום הוא במצב אחר משאר טבל דרבנן שכאן רק החיוב הוא דרבנן אבל השם טבל הוא דאורייתא. ועוד שאם יעשר מזה על דרבנן אחר יצא מכשול אם יגיע המעשר לרשות המוכר שהרי הוא סומך על הפרשת הלוקח ולגביו זה הפרשה מן החיוב על הפטור.

בעיקר קושית הריב"ם על ר"ת מתקנת דמאי הראשונים הקשו בנוסח אחר שאם אין חשש דאורייתא דבל"ה איכא פטור של לקוח אמאי חששו לאיסור דרבנן במקום שיש רוב להתיר. וע"ז לא הועילו התוס' בתירוצם. כן מקשה הרמב"ן ומה"ט כתב הרמב"ן שאין פטור של לקוח אלא כשהמירוח נעשה ע"ד למכור.

הרשב"א כתב על שאלה זו שגזרו דמאי משום דזמנין מזמינו הע"ה והוא אוכל על שולחנו ובכח"ג אין פטור של לקוח. ואף דאין זה תבואת זרעו של האורח מ"מ כ"ז שהפירות הם ברשות של בעל הקרקע יש איסור טבל וחיוב לכל מי שאוכל. וכן איפכא בזמן שהפירות ברשות הלוקח ובעל הקרקע יאכל משל הלוקח יהיה גם לו פטור של לקוח דהדין נקבע לפי בעל הפירות. ומבואר דס"ל לרשב"א שאין האוכל על שולחן חברו זוכה במה שנותנים לו לאכול אלא הוא אוכל משל בעה"ב. ועין במל"מ בפ"ב משכירות ה"ג שכתב שהמהרי"ט מסתפק באורחים המסובים אצל בעה"ב אם זוכים במנותיהם משיגביהם או עד שיתנו לתוך פיהם. ומביא המל"מ שברבינו יונה בברכות מבואר שזוכה. ועיין בקה"י ס' מ"ח שמביא דברי הראשונים בענין זה. אך מדברי הרשב"א מוכח לכאורה שלא רק שאינו זוכה כשבא לידו אלא אפי' בשעת אכילה אינו זוכה אלא הוא אוכל משל בעה"ב. שאם הוא זוכה בשעת אכילה אכתי איכא פטור של לקוח. ונחלקו רש"י ותוס' בזה בפסחים כ"ט. דרש"י ס"ל ששייך לאכול משל חברו בלי לזכות והתוס' ס"ל שכל אוכל דבר של חברו זוכה בו בשעת אכילה ע"ש. וברשב"א כאן מבואר דס"ל בזה כרש"י.

עוד נחלקו ר"ת וריב"ם בהא דמבואר כאן דלא בעינן קרא לפטור פועל ממעשר דבל"ה יש לו פטור של לקוח. דר"ת לשיטתו דס"ל שהפטור של לקוח הוא אחרי מירוח מפרש שגם בפועל המקח הוא אחרי הגמר מלאכה שמיד שמלקט שמים יש גמר מלאכה והמקח אינו מתחיל עד שיאכל. והריב"ם דס"ל שהפטור של לקוח הוא דוקא לפני מירוח יפרש כמו שהתוס' נקטו בתחילה שמתחיל מקחו משעה שעושה מלאכתו וזה לפני הגמר מלאכה. וצ"ב במאי פליגי ר"ת וריב"ם מתי הוא זמן המקח בפועל. וכתב בזה האור"ש בחידושינו לעיל בריש השוכר את האומנין באות ד' ד"ה אבל שלר"ת שאלת הגמ' לצד שפועל משל שמים הוא אוכל ואז הזכיה הוא בשעת אכילה שהוא אחרי גמר מלאכה. ולריב"ם שאלת הגמ' היא לצד שמשלו הוא אוכל ואז הוא זוכה מיד כשבא לידו וא"כ המקח הוא לפני הגמר מלאכה. ואולי י"ל עוד דלכו"ע קאי להלכה דק"ל משל שמים הוא אוכל ופליגי במחלוקת רש"י ותוס' לקמן צ"ב. שהתוס' שם כתבו בד"ה אי אמרת שאם משל שמים הוא אוכל אינו זוכה אלא כשנותן לתוך פיו. ורש"י שם בד"ה לדידיה חולק כמו שכתב הגאון בהגהתו שם, וס"ל שגם אם משל שמים הוא אוכל הוא זוכה כשמשא לדידיה. א"כ י"ל דר"ת ס"ל כשיטת התוס' והריב"ם ס"ל כרש"י.

הר"ש בפאה פ"א מ"ו מקשה ל"ל קרא לפטור הפקר ממעשר ת"ל דפטור מטעם לקוח דאין זה תבואת זרעך של הזוכה. ותי' דנ"מ שגם אם זכה המפקיר בעצמו יש פטור של הפקר אף שאין לגביו דין לקוח. ועוד מקשה הר"ש למה צריך קרא לפטור פאה ממעשר ת"ל מדין לקוח. ולר"ת לא קשיא דהפקר ופאה פטורים לפני מירוח ולקוח פטור רק כשלוקח אחר מירוח. אבל לריב"ם קשה. וכתב הר"ש דאין פטור של לקוח בענין הזוכה בפאה דכיון דזכי להו רחמנא בהאי שדה תבואת זרעך קרינא ביה. המנ"ח במצ' שצ"ה אות ז' ד"ה לקט מביא שהר"ש כתב שאין בלקט שכחה ופאה פטור של לקוח מפני שהתורה זכתה לעניים בקרקע והוי לגבי העני תבואת זרעך. ולכאורה אינו מובן דבשלמא פאה עיקר דינו להפריש במחומר שפיר חשיב שיש לעני זכות בקרקע וזה סיבה שיחשב תבואת זרעו. אבל בלקט ושכחה לכאורה זכותו של העני מתחיל רק בתלוש ואין זה סיבה שיחשב תבואת זרעך. והעירוני שבאמת הר"ש לא הזכיר לקט ושכחה כלל אלא רק פאה ורק המנ"ח כתב בשמו שכ"כ על לשו"פ.

המנ"ח שם מקשה על תי' הר"ש דמבואר בב"ק ק"י: שאם כהנים בגזל הגר מקבלי מתנה הם פטורים ממעשר בהמה מדין לקוח. ואמאי הרי התורה זיכתה להם והר"ש כתב דהיכא דהתורה זיכתה אין זה נחשב לוקח. וה"ה דהוי מצי לאקשווי מבכורות י"א. דמבואר שם דשה של פדיון פטר חמור נכנס לדיר להתעשר. ואמרו שם ע"ז ה"ד אי דאתא ליד כהן אמאי מתעשר הרי זה לקוח. ומבואר דאף שיש לכהן זכות לקבל את השדה הרי זה לקוח. המנ"ח מתרץ דדברי הר"ש נאמרו רק כשיש למקבל זכות בשדה זה גורם שיהיה תבואת זרעך משא"כ באלה שקבלו את הזכות בזמן שאם היו קונים היו פטורים וא"כ אין הזכות סיבה שלא יחשב לקוח. ולפי מה שנתבאר לעיל שגדר לקוח במעשר בהמה שונה מבמעשר דגן בל"ה לא קשה דסברת הר"ש הוא לענין הדין של תבואת זרעך דאם יש לו זכות בשדה זה תבואת זרעו. אך במעשר בהמה המקח פטור מטעם אחר דאינו

דומיא דבניך ולכן אם נעשה בזה מקח אין החיוב חוזר אפי' שחזר לרשות המוכר. ולגבי זה אין מעלה במה שיש לו זכות דסו"ס נעשה בו מקח בשעת זכייתו ונהפך מממון עניים לממון פרטי שלו.

אף פועל אם חסמת פטור. רש"י מפרש חסימת פועל כב' אופנים. א. שקצץ דמים שלא יאכל. ב. שמנע ממנו לאכול בחזקה. ואין שני האופנים שווים שלגבי קציצה מותר לכתחילה להתנות שלא יאכל כמבואר במשנה לקמן צ"ג. קוצץ אדם ע"י עצמו וברמב"ם פ"ב משכירות ה"ד. משא"כ כשמונע ממנו לאכול בחזקה אף דילפינן מקרא דליכא לאו דלא תחסום ואינו לוקה מ"מ איכא איסור בזה כמבואר בטור בס' של"ז בשם הרמ"ה. והובא לעיל בשם המל"מ פ"ב ממ"א ה"א שהאיסור הוא משום שמ"ע על בעה"ב שלא למנוע את הפועל מלאכול כמבואר ברמב"ם פ"ב משכירות ה"א וכ"כ החינוך במצ' תקע"ו שהעובר ע"ז ומנע מהפועל לאכול ביטל עשה זה. המנ"ח שם אות ט' מקשה למה מהני מחילת הפועל הרי קי"ל משל שמים הוא אוכל ואינו זוכה עד שעת אכילה וא"כ המחילה בתחילת העבודה הרי מחילה על דשלב"ל. אך לפי מה שהובא לעיל בשם הגר"ח זצ"ל שגם למ"ד משל שמים הוא אוכל יש לו זכות ממון על בעה"ב שפיר יכול למחול על זכות זו אף שהזכיה בפירות הוא רק בשעת אכילה.

אם עבר וחסם בחזקה כתב הריטב"א שצריך לשלם כמבואר לקמן לגבי חסימת פרה, וכ"כ הטור בס' של"ז בשם הרמ"ה. אבל הרמב"ם לא הזכיר תשלומין במונע פועל מלאכול, וכתב המנ"ח שם אות י' דמשמע דפליג על הרמ"ה וס"ל שאינו משלם. אך טעם הדבר צ"ב דהוי ק"ו מבהמה דהתם ליכא זכות ממון אלא איסורא בעלמא שגם בהמתו אסור לחסום, ואעפ"כ האיסור גורם חיוב ממון כיון שמשך ע"ד שתאכל בשעת דישא וזה כלול בחיוב מזונות, וכ"ש בפועל שיש לו זכות ממון על האכילה בודאי מסתבר שיש חיוב לשלם. עיין באבה"א בהשטות שנדפסו אחרי הל' מלוה ולוה בעמ' פ"ה: ד"ה כמה שכתבתי שמבאר דפועל גרע מבהמה כיון שיכול לחזור לא חל חיוב המזונות. ולכאורה תלוי במחלוקת שהובא בפרק האומנין אם בתחילת מלאכה חל חיוב לפועל או לא. שאם תחילת מלאכה אינו מחייב, הפעולה עצמה מחייבת את התשלום, ועל אותו זמן שמונע ממנו לאכול הוא לא התחייב מזונות.

משיפקסו בבית. משמע דמהני גמר מלאכה אחר ראית פני הבית. והקשו התוס' דמוכח מדברי רב אושעיא שאמר שמכניס במוץ ופטור מן המעשר דבעינן גמר מלאכה לפני ראית פני הבית. וכתבו דבתבואה שהדרך למרח לפני הכנסה לבית אם שינה ומרח בבית אינו מתחייב, אבל בקישואין ודלועין שהדרך לעשות הגמר מלאכה בבית מהני גמר מלאכה אחר ראית פני הבית. דהיינו דשיטת התוס' שאין קפידא שהמחייב של גמר מלאכה יהיה לפני ראית פני הבית אלא הקפידא היא שלא ישנה מן הסדר הרגיל. רש"י בפסחים ט. כתב שמה שהמכניס במוץ אינו מתחייב כשגומר מלאכתו בבית הוא מפני שחובת הטבל חלה בראית פני הבית, וזה בראית פני הבית לא נגמרה מלאכתו לחול עליו שם טבל, וכשגמר מלאכתו כבר בתוך הבית הוא ואין אלו פני הבית אלא כשכנס דרך פתחים. ומבואר שלא יכול לחול חיוב ע"י ראית פני הבית לפני גמר מלאכה, ואם לא נגמר מלאכתו לא חל בו דין ראית פני הבית. ולרש"י לכאורה אין לחלק בין אם דרכו בכך או לא. אמנם בשיטה בשם הרא"ש והתוס' שאנן כאן שכתבו כתי' התוס' מדמים למה שמבואר במעשרות פ"ג מ"ח שתאנה שגדלה בחצר אינה צריכה ראית פני חצר, כך הכא שהדרך שגומר מלאכתו בבית אינו צריך ראית פני הבית דוקא וסגי במה שנמצא בתוך הבית. ולא שאם הדרך לגמור בבית מהני ראית פני הבית לפני גמר מלאכה אלא שבכה"ג לא בעינן פני הבית כמו בתאנה שגדלה בחצר. וזה אפשר לומר גם לרש"י.

הובא לעיל שהר"ש במעשרות פ"א מ"ה על משנה זו של קישואין ודלועין מקשה קושית התוס' ומישב באופן אחר, שלעולם לא בעינן גמר מלאכה לפני ראית פני הבית ולכן הפיקוס יכול להיות בבית, ומה שמכניס במוץ אינו מתחייב אינו מפני שהגמר מלאכה היתה בבית אלא מפני שבזמן שהתבואה מכוסה ע"י המוץ ליכא ראית פני הבית כלל שאין התבואה רואה פני הבית שהמוץ חוצץ. וכ"כ השיטה כאן בשם תר"פ. וגם זה א"א לומר בדעת רש"י דמפורש ברש"י הנ"ל בפסחים שמה שמכניס במוץ אינו מתחייב הוא מפני שנכנס לפני גמר מלאכה ולא מפני שהמוץ מכסה את התבואה ומונע ראית פני הבית. עוד הובא לעיל שיטת הרמב"ם בפ"ג ממעשר ה"ו והריטב"א דס"ל שתמיד מהני גמר מלאכה אחר מירוח ומה שאמר ר' אושעיא הוא רק שיכול לאכול בבית כל זמן שלא גמר מלאכתו. ולדבריהם אין מקום לקושית התוס' כאן.

נמצא ד' דרכים בזה. א. ההבנה הפשוטה בתוס' שמה שיש קפידא על הסדר הוא רק כשכן הדרך. וזה א"א לומר בדעת רש"י. ב. ביאור דברי התוס' לפי מה שנראה מהרא"ש והתוס' שאנן שהמעלה של פני הבית יש רק אם גמר מלאכתו לפני הכניסה לבית אלא שאם הדרך לגמור מלאכתו בבית לא בעינן פני הבית כמו בתאנה שגדלה בחצר. וזה נראה גם לדעת רש"י. ג. שיטת הרמב"ם והריטב"א שגם בתבואה אין הסדר מעכב שהכניס במוץ פטור רק כל זמן שלא היה גמר מלאכה. ד. שיטת הר"ש שאין קפידא שהגמר מלאכה יהיה לפני ראית פני הבית והכניסה במוץ שאני שאינו רואה פני הבית כלל מפני חציצת המוץ.

מכי אתחולי פיקוסייהו. מבואר שכיון שהתחיל הפיקוס מהני שיחשב גמר מלאכה גם למה שעדיין לא ניטל פיקוסייהו. מדין זה למד הרמב"ם בפ"ג ממעשר ה"ד שמשותחיל לגמור מלאכתם של חלק מן הפירות ע"ד לגמור מלאכת כולם זה נחשב גמר מלאכה לכולם. וכ"כ הרמב"ם שם בהל' ו' לגבי מערים ומכניס במוץ שאוכל עראי וזורה מעט מעט ופטור מן המעשר שהרי אינו מתחיל לגמור הכל. ומבואר שאם גומר מעט שלא ע"ד לגמור הכל אין זה גמר מלאכה ואם התחיל ע"ד לגמור הכל זה נחשב מיד גמר מלאכה על הכל. ועיין בכ"מ בהל' ד' שמקורו של הרמב"ם הוא מכאן דמבואר לגבי קישואין ודלועין שהגמר מלאכה הוא מכי אתחולי פיקוסייהו, והרמב"ם ס"ל שהדין כן בכל גמר מלאכה. ועיין במקדש דוד ס' ג"ו אות ב' ד"ה כתב הרמב"ם שסברת הרמב"ם הוא לכאורה איפכא מסברת התוס' לעיל שכתבו דבעה"ב עיניו בתאנתו היינו דכיון שדעתו ללקט הכל ליכא גמר מלאכה עד שילקט כולו או רובו. והא דתנן במעשרות פ"ג מ"ח שגם בעה"ב מתחייב כשמלקט שמים היינו כשאין דעתו ללקט אלא מעט. ולרמב"ם הוי איפכא דאם דעתו על מעט ליכא גמר מלאכה ואם גמר קצת ע"ד לגמור הכל הוי מיד גמר מלאכה על הכל. מבאר המקד"ד שסברת הרמב"ם הוא דלא שייך גמר מלאכה למקצת גורן, ולכן אם אין דעתו למרח הכל ליכא גמר מלאכה אפי' למקצת שמרח ואם מרח ע"ד למרח את הכל זה גמר מלאכה גם למה שעדיין לא נתמרח. ואין זה סתירה לדברי התוס' דלגבי מלקט תאנים אף אם דעתו ללקט הכל לא יכול לחול שם גמר מלאכה על מה שעדיין על האילן דאין גמר מלאכה במחובר לכן לא חל שם גמר מלאכה גם על מה שלקט. משא"כ כשאין דעתו ללקט אלא שנים זה כל הגורן ושפיר חל ע"ז שם גמר מלאכה לבדו ע"ש.

מאי לאו הכנסתן אפי' בשדה. צ"ב אמאי ס"ד לפרש הכנסה מלשון כינוס ולהקשות דמשמע דלא בעינן בית ולא כדמסיק דהכנסה הוא לשון כניסה. ונראה דכיון שלשון הברייא הוא איזהו גמר מלאכתן מלאכת הכנסתן ס"ד שהכנסה לבית אינו ענין של גמר מלאכה, דגמר מלאכה הוא מירוח, והכנסה לבית הוא ענין אחר, ומדקרי לה גמר מלאכה הנייה הגמ' שאין הכוונה הכנסה לבית אלא כינוס שהוא מירוח ולזה שפיר קרי גמר מלאכה, וא"כ משמע דסגי בכינוס בשדה ולא בעינן בית. ובתי' מחדשת הגמ' שהכוונה הכנסה לבית וגם זה נקרא גמר מלאכה שענין הכנסה לבית הוא גם חלק מגמר הכנת הפירות לשימוש האדם. וכן מבואר בלשון רש"י לעיל עמ' א' ד"ה עיניו בתאנתו וז"ל עד שיגמר כל לקיטתו ויכנס לבית לאו גמר מלאכה הוא עכ"ל. וזה דלא כמו שמביא המקד"ד שהובא לעיל דמשמע ברמב"ם דס"ל שראית פני הבית אינו דין בפרי אלא גורם שהאכילה היא חשובה וקבועה יותר.

אבל חייטין ושעורין גורן בהדיא כתיב ביה. לפי תי' זה מה שצריך ראית פני הבית הוא רק בשאר פירות דליכא בהו גורן, בזה בעינן אחר גמר מלאכה שיהיה גם ראית פני הבית, אבל תבואה דאית לה גורן התורה תלתה חיוב מעשר בגורן דכתיב כדגן מן הגורן, ובזה לא בעינן ראית פני הבית. בדברי הגאון ביו"ד ס' של"א סקכ"ט מבואר שיש עוד נ"מ בין תבואה דתלה רחמנא בגורן לשאר פירות שאינם בני גורן. שהרמב"ם כתב בפ"א מתרומות הכ"ב שפירות א"י שנגמרה מלאכתן בחו"ל פטורים מן המעשרות, ושל חו"ל שגמר מלאכתן בארץ חייבים. ועיין בכ"מ שם שכתב ב' דרכים ברמב"ם אם החיוב בפירות חו"ל שגמר מלאכתן בארץ הוא מן התורה או מדרבנן. ומקשה המנ"ח במצ' רפ"ד דנחלקו רבי ורשב"ג בברייא שאמרינן שגמירא בגיטין כ"ב. באילן שמקצתו בארץ ומקצתו בחו"ל אי הוי טבל וחולין מעורבין זה בזה או שהגדל בחיוב חייב והגדל בפטור פטור. ואי אמרינן דמה שגדל בחו"ל וגמר מלאכתו בארץ חייב מן התורה אין נ"מ היכן גדל הפרי אלא הכל תלוי היכן נגמר מלאכתו. שאם גמר מלאכה הוא בארץ הוא חייב מן התורה אף שלא גדל בארץ, ואם גמר מלאכה הוא בחו"ל הרי הוא פטור אף שגדל בארץ. ועיין בגאון ביו"ד ס' של"א סקכ"ט שעמד בזה וכתב שזה המקור לסוכרים שדבר שגדל בחו"ל ונגמר מלאכתו בארץ אינו חייב אלא מדרבנן. ולסוכרים שזה חייב מדאורייתא כתב הגאון וז"ל וברייא הנ"ל י"ל בפירות שאין צריכים גורן למעשרות עכ"ל. ולכאורה אינו מוכן שגם שאר פירות שאינם בני גורן צריכים גמר מלאכה אלא שבהם בעינן נמי ראית פני הבית ורק בבני גורן לא צריך ראית פני הבית דבגורן תלה רחמנא. וצ"ל דס"ל שבתבואה שבגורן תלה רחמנא וכל חיובו תלוי בגורן כשם שאינו צריך ראית פני הבית כך אינו צריך שיגדל בא"י שהכל תלוי בגורן. משא"כ שאר פירות שאין חיובם תלוי רק בגמר מלאכה, והגמר מלאכה אינו אלא אחד מתנאי החיוב, בזה כשם שצריך ראית פני הבית כך בעינן נמי שיהיה גידולו בא"י. ולשון החזו"א בזה בשביעית ס' ב' סק"א הוא והנה דעת הגר"א דהא דפירות חו"ל שנכנסו לארץ חייבין היינו דוקא במידי דבר גורן דעשיית גורן חשיבא והוא עיקר הדיגון וכיון שנעשה דגן בא"י חייבין, אבל מידי דלאו בני גורן אין גמרן חשיב ואזלינן בהו בתר גמר פרי עכ"ל.

כי קאמר ר' ינאי בזיתים וענבים. פרש"י דזיתים וענבים בכלל תבואה ומעשר שלהן מן התורה. כתב הרמב"ן שהיה קשה לרש"י דכשם שתלה רחמנא דגן בגורן כך תלה ענבים ביקב. ועי' קאמר רש"י דאה"נ תירוש ויצהר הגורן שלהם הוא היין והשמן ואינם צריכים ראית פני הבית, והכא איירי בזיתים וענבים העומדים לאכילה ובזה אין חיובם מקרא דתירוש ויצהר אלא דהוה בכלל תבואה, ותבואה זו אין לה גורן אחר ובזה בעינן ראית פני הבית. הרמב"ן תמה על רש"י בזה דאין דגן אלא חמשת המינים, ומבואר בנדרים שהנודר מן התבואה אינו נאסר אלא בחמשת מיני דגן ולא בשאר פירות. וכתב הרמב"ן דר' ינאי קאי אפי' בענבים העומדים ליין ואע"ג דביקב תלה רחמנא אין ראיה מזה דלא בעינן ראית פני הבית דגורן לא משכחת לה בבית, ואם החיוב תלוי בגורן ע"כ דלא בעינן בית, אבל יין אע"ג דתלה רחמנא ביקב, ביקב שבבית תלא. ומהני בזה גמר מלאכה אחר ראית פני הבית כיון שכן דרכו כמו בתאנה הנוטה לחצר. ופי' זה של הרמב"ן הוא לשטתו שכתב בפ' החומש בפרשת ראה שתירוש ויצהר הם דוקא יין ושמן ולא ענבים וזיתים שאין חיובם אלא מדרבנן. ועוד כתב הרמב"ן כאן פירוש שני שיתכן שגם ענבים העומדים לאכילה חייבים במעשר מן התורה, ולא מפני שהם בכלל תבואה כפרש"י אלא שכיון שתירוש ויצהר חייבים אף זיתים וענבים בכלל שהרי לתירוש ויצהר הם עומדים, ואע"פ שחשב עליהם לאכילה לא נפטרו מן המעשר. וזה דלא כפירושו בחומש שמעשר ענבים דרבנן אלא כשיטת התוס' כאן שאף שתירוש היינו יין מ"מ גם ענבים העומדים לאכילה חייבים מן התורה, ובזה בעינן ראית פני הבית. אבל תבואה כיון שאין רגילות לאוכלו שיבילים אלא לעשות ממנו קמח חיובו תלוי תמיד בגורן. ועיין במקד"ד ס' נ"ו אות ג' ד"ה כתבו שמש"כ התוס' שלא משתנה דינם של חייטין שעומדים לאכול כמות שהן כיון שאין הרגילות לעשות כן הוא לכאורה מחלוקת תנאים בביצה י"ג. דפליגי התם רבי וריב"ז במלילות אי בעינן מירוח או לא ע"ש.

המנ"ח במצ' שצ"ה מביא שהטורי אבן בר"ה ט"ו: מקשה על הרמב"ן בחומש דס"ל שענבים חייבים רק מדרבנן מכאן, שעל מה קאי דברי ר' ינאי אם על ענבים העומדים ליין הם תלוים ביקב ואינם צריכים ראית פני הבית כמבואר ברש"י ותוס' כאן, ואי בענבים העומדים לאכילה אינם חייבים מן התורה כלל. והרמב"ן בעצמו מישב שיטתו כאן שכתב בפ' הראשון דר' ינאי קאי על ענבים העומדים ליין ואף שתלוים ביקב מ"מ בעינן ראית פני הבית ויקב היינו יקב שבבית.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לרש"י ענבים העומדים לאכילה דאורייתא שהם בכלל תבואה וצריכים ראית פני הבית. ויין תלוי ביקב ואינו צריך ראית פני הבית. ב. לתוס' ולרמב"ן בפ' השני ענבים דאורייתא מקרא דתירוש. וענבים העומדים ליין תלוים ביקב ואינם צריכים ראית פני הבית. וענבים העומדים לאכילה אף שמקור חיובם הוא מקרא דתירוש מ"מ חייבים מן התורה אף שלא עושים מהם יין ובזה בעינן ראית פני הבית. ג. לרמב"ן בחומש ובפ' הראשון כאן ענבים העומדים לאכילה אינם חייבים מן התורה כלל, והעומדים ליין תלוי ביקב ואע"כ צריך ראית פני הבית ויקב היינו יקב שבבית.

רש"י ד"ה אבל חייטין. כתב רש"י דדברי ר' אושעיא דמערס אדם על התבואה ומכניסה במוץ שלה הם דלא כתי' זה. שמדברי ר' אושעיא מבואר דגם בתבואה בעינן ראית פני הבית ולכן אם הכניס לבית לפני גמר מלאכה אינו מתחייב. ורש"י בזה לשטתו שפירש בפסחים ט. טעמו של ר' אושעיא שמה שאינו מתחייב כשמכניס במוץ הוא משום דחסר ראית פני הבית דלא חל חיוב ע"י ראית פני הבית לפני גמר מלאכה ואח"כ כשגומר בבית הרי זה כנכנס דרך גגין וקרפפות. וא"כ לפי התי' דלא בעינן ראית פני הבית בתבואה לא יהיה חסרון במה שגמר מלאכתו בבית, וע"כ תי' זה חולק על ר' אושעיא. הרמב"ם בפ"ד ממעשר ה"א כתב סתמא כר' ינאי דבעינן ראית פני הבית ולא חילק בין בני גורן ללאו בני גורן. והראב"ד כתב דרק בדבר שאין לו גורן בעינן ראית פני הבית. והיינו שהראב"ד ס"ל דקיי"ל כתי' זה שבתבואה שהוא בר גורן לא בעינן בית. וכתב המל"מ בפ"ג

ה"ב שהרמב"ם ס"ל דלא קי"ל כתי' זה משום דקי"ל כר' אושעיא ודברי ר' אושעיא הם דלא כתי' זה כמבואר ברש"י. ותמה המקד"ד בס' נ"ו אות ג' ד"ה והנה המל"מ דמה שיש סתירה בין דברי ר' אושעיא לתי' השני כאן הוא רק לשיטת רש"י שר' אושעיא מתיר לאכול כשהכניס במוץ אפי' אחרי שגומר מלאכתו בבית, אבל לשיטת הרמב"ם שההתיר לאכול כשמכניס במוץ הוא רק עד שיעשה מירוח אין סתירה בין תי' זה לדברי ר' אושעיא שמה שאוכל כשמכניס במוץ אינו מפני חסרון ראית פני הבית אלא מפני חסרון גמר מלאכה.

הכ"מ בפ"ג ממעשר ה"ב תמה על הראב"ד שפסק שבתבואה שתלוי בגורן לא בעינן ראית פני הבית דא"כ על מה קאי דברי ר' ינאי שלמד מקרא דבעינן ראית פני הבית הרי שיטת הראב"ד שרק דגן תירוש ויצהר הם דאורייתא וע"כ שבוה מצריך ר' ינאי בית. ותמה המל"מ שם דלק"מ דמפורש בגמ' שלתי' זה ר' ינאי קאי על זיתים וענבים שמעשר שלהם דאורייתא ואינם בני גורן ובוה בעינן ראית פני הבית כמבואר ברש"י ותוס'.

הרמב"ן מקשה על דברי רש"י שכתב שתי' זה פליג אדר' אושעיא דמבואר בברכות ל"א. שדברי ר' אושעיא הם הלכה פסוקה ומשמע דליכא מאן דפליג עליה. וכתב הרמב"ן דמה שמבואר כאן שתבואה בגורן תלה רחמנא ולא בעי בית היינו היכא דמרחן בכרי או שעשה ערמה שזה גורן גמור ובוה לא בעינן ראית פני הבית. אבל היכא שלא מירח ולא העמיד ערמה אלא דש וזרה מעט מעט אין זה גורן גמור ואעפ"כ אם הכניס לבית הוקבע בראית פני הבית. דהיינו שגמר מלאכה זה אינו גורן גמור ומהני רק בצירוף ראית פני הבית. [עיין מקדש דוד ס' נ"ו אות ג' ד"ה הקשה השיטמ"ק שמבאר דברי הרמב"ן דס"ל שדש וזרה הוא ג"כ גמר מלאכה אבל אינו גורן גמור ובוה בעינן ראית פני הבית]. ועל אופן זה קאי ר' אושעיא שאם הכניס לבית ואח"כ דש וזרה מעט מעט הוא פטור לעולם. ואפי' אם חזר והוציא והכניס אין מתחייבים בראיה שניה. ורק אם הוציא במוץ ועשאן גורן חייבים אף שכבר היה ראית הבית בפטור דגורן גמור אינו צריך צירוף של בית כלל.

עוד כתב הרמב"ן שדעת רבינו שמואל הוא שאם היה ראית פני הבית במוץ שוב לא יתחייב לעולם אפי' אם מוציא במוץ ועושה גורן בחוץ שכבר נפטרו בראית פני הבית ואפי' אם יחזור ויכניס אחרי שגמר מלאכתו בחוץ לא יתחייב. וכתב הרמב"ן דלדבריו דברי ר' אושעיא הם דלא כתי' זה של הגמ' דס"ל שלר' אושעיא אפי' בגורן גמור בעינן בית כרש"י. התוס' במנחות ס"ז: דנים אם מה שאמר ר' אושעיא שמערים ומכניס במוץ הוא רק כדי שיוכל להמשיך לאכול עראי דמירוח בבית הוא כלפני מירוח או שאחרי שנכנס לבית לפני מירוח מותר אפי' אכילת קבע. וכתבו שדעת רש"י בנדה הוא שר' אושעיא מתיר רק אכילת עראי כמו לפני מירוח. וכן מבואר ברש"י בפסחים ט. וכ"כ התוס' בגיטין פ"א. אבל התוס' במנחות הביאו שרבינו אפרים כתב שמה שמוותר רק עראי הוא כשיכול לבא לידי חיוב ע"י מירוח אבל אחרי שהכניס לבית במוץ ומרח בבית כבר אינו יכול לבא לידי חיוב, שאפי' אם יוציא ויחזור ויכניס לא יתחייב, ובמצב זה מותר אפי' אכילת קבע. וכתב השיטמ"ק במנחות שם שמה שכתב ר' אפרים שאינו יכול לבא לידי חיוב הוא דוקא כשהכניס לפני מירוח ומירח בבית, דכיון שמירוח זה לא חייב שוב אינו יכול להתחייב, אבל אם הכניס לפני מירוח וחזר והוציא ומירח בחוץ ושוב הכניס יתחייב. וזה דלא כדברי הרמב"ן כאן בשם רבינו שמואל שכתב שאפי' אם הכניס במוץ וחזר והוציא במוץ וגמר מלאכתו ושוב הכניס פטור כיון שכבר נכנס בפטור שוב אינו מתחייב. המנ"ח כמצ' שצ"ה אות ג' ד"ה ודוקא כתב שנראה פשוט שאם הכניס לבית במוץ ומירח בבית אם אח"כ יוציא מן הבית ויחזור ויכניס יתחייב כיון שעכשיו יש ראית פני הבית אחרי מירוח. ודבריו צ"ע שבדברי ר' אפרים בתוס' במנחות מפורש שאם גמר מלאכתו בבית שוב אינו יכול לבא לידי חיוב. ורק אם לא מירח בבית כתב השיטה שם שאם יוציא ויגמור בחוץ ויכניס יתחייב, וגם ע"ז חולק הרמב"ן בשם רבינו שמואל.

נמצא השיטות בזה א. רבינו אפרים בתוס' במנחות ס"ז: ס"ל שאם מירח בבית אינו יכול לבא לידי חיוב אפי' אם יוציא ויכניס. אבל אם לא גמר בבית והוציא וגמר בחוץ והכניס יתחייב כמבואר בשיטמ"ק שם. ב. שיטת רבינו שמואל שהובא ברמב"ן כאן שאם הכניס במוץ והיה ראית הבית בפטור שוב אינו יכול להתחייב אפי' אם יוציא ויגמור בחוץ. ג. הרמב"ן ס"ל שאם הכניס במוץ והוציא ועשה גורן גמור שלא צריך בית כלל חל חיוב, ואם הוציא ולא עשה גורן גמור אלא דש וזרה, שזה גמר מלאכה שצריך צירוף של ראית פני הבית, אינו מתחייב אף שחזר והכניס כיון שהיה כבר ראית פני הבית בפטור שוב אינו מתחייב. ד. שיטת המנ"ח שגם אם הכניס ומירח בבית אם מוציא וחזור ומכניס מתחייב. וזה לכאורה דלא כראשונים הנ"ל. וע"ע בענין זה בחזו"א מעשרות ס' ג' סק"א ובאפיקי ים ח"ב ס' כ"ה.

מה שור שאינו אוכל במחומר. נחלקו רש"י ותוס' בביאור דברי הגמ'. רש"י ס"ל דאף למאי דמסיק ששור אוכל במחומר מ"מ כיון שאינו מפורש בתורה עבדינן מינה ק"ו למה שמפורש בתורה. ואשכחן ק"ו מעין זה בברכות כ"א. כמו שציין רע"א בגליון הש"ס. אך מדברי התוס' בד"ה ומה שור מבואר שלא פרושו כן שכתבו דאכתי לא מסיק אדעתיה דשור אוכל במחומר. ולדבריהם צ"ל גם בהמשך הגמ' ומה אדם שאינו אוכל בתלוש דכשאמרו ק"ו זה לא מסיק אדעתיה שיש לימוד שאדם אוכל בתלוש אף שהלימוד כבר נזכר בגמ'. ועיין בשיטמ"ק ד"ה ומה אדם שלרש"י הגמ' כאן קאי למאן דיליף אדם בתלוש מהיתור של קמה אבל למאן דיליף מהא דכתיב כי תבא בכרם רעך מי לא עסקינן ששכרו לכתף אין זה יתור אלא מפשרו של מקרא והוי כמפורש בתורה וא"כ ליכא ק"ו.

היא אדם מצווה על חסימתו מק"ו. המל"מ בפ"ב ממאכלות אסורות ה"א מקשה איך ס"ד ללמוד שיהיה לאו על חסימת פועל מק"ו משור הרי אין עונשין מן הדין. ומוסיף המל"מ דאין לומר שלא היה ה"א ללמוד מלקות אלא רק איסור דאיסור יש אליבא דאמת שהרי מבטל מצות עשה כמבואר בחינן במצ' תקע"ו ובטור ס' של"ז בשם הרמ"ה, וע"כ ס"ד שילקה וקמ"ל שאינו לוקה. וכן מקשה התרומת הכרי בס' ע"ב ע"ש. וכתב המל"מ דלפי מה שכתב המ"מ שם מיושב דהיכא דידעינן האיסור מכא לאו הבא מכלל עשה יכולים ללמוד לאו מק"ו ולוקים עליו ורק במקום שכל האיסור מתחדש מכא ק"ו לא לוקים. אמנם מה שכתב המל"מ שאין לומר שהמיעוט קאי על איסור ולא על מלקות שאיסור יש גם אחרי המיעוט לכאורה אינו מוכרח, דרש"י לעיל כתב ב' אופנים של חסימה בפועל א. ע"י קציצת דמים שלא יאכל. ב. שמונע ממנו מלאכול בחזקה. ומה שמבואר בראשונים שיש איסור הוא כשמונע ממנו בחזקה אבל לקצוץ דמים שלא יאכל מותר לכתחילה. וא"כ י"ל דמה דס"ד ללמוד מק"ו אינו מלקות אלא איסור ולא קאי על המונע בחזקה אלא על קציצת דמים, וקמ"ל דליכא בזה איסור כלל ושרי לקצוץ דמים שלא יאכל.

השעה"מ פ"ב ממ"א ה"א כתב על שאלת המל"מ שלא באו ללמוד מלקות מק"ו אלא רק איסור. ומש"כ המל"מ דאיסור יש גם אחרי המיעוט אין זה אלא ביטול עשה ולא לאו, ומק"ו באו ללמוד שיש לאו על חסימת אדם כמו שיש לאו על חסימת בהמה. ולא חמור יותר מביטול עשה אף כשלא לוקים על הלאו. וע"ז קאי המיעוט דליכא לאו אלא רק ביטול מצות עשה.

עוד מקשה המל"מ שם על המשך הגמ' שור במחומר מנין, ורצו ללמוד מק"ו מאדם וע"ז קשה אין ס"ד ללמוד מק"ו הרי אין עונשין מן הדין והתם אליבא דאמת איכא מלקות ולא רק איסור. ובזה ליכא לא התי' ע"פ המ"מ ולא תי' השעה"מ ולא התי' שכתבנו ע"פ דברי רש"י.

תוד"ה ס"ד אמינא. עיין מה שכתב המהר"ם בביאור דבריהם.

מה דייש בשעת גמר מלאכה. המהרש"א כתב שנחלקו רש"י כאן ותוס' לעיל פ"ז. בביאור מה שכתוב במשנה שאוכלין במחומר לקרקע בשעת גמר מלאכה ואמאי דייש נחשב שעת גמר מלאכה. התוס' ס"ל שגמר מלאכה היינו שנגמר מלאכת מחומר שכבר אינו צריך לקרקע. וכל מה שעושים מהקצירה, וקצירה בכלל, עד המירוח הם אחר גמר מלאכת מחומר ולפני גמר מלאכה למעשה. ורש"י ס"ל שיש רק אופן אחד של גמר מלאכה והוא גמר מלאכה למעשה. וכל מה שעושים מהקצירה עד המירוח הכל פעולות שמביאים לגמר מלאכה למעשה והכל נחשב שעת גמר מלאכה, ובזה פועל אוכל. ואחר מירוח הרי אחר גמר מלאכה ואז אין פועל אוכל. משא"כ לתוס' הגמר מלאכה של מחומר והגמר מלאכה של מעשה הם שני ענינים שונים.

שלא נגמרה מלאכתו לחלה. שיטת רש"י בזה דבר שלא נהוג בו חלה תלוי בגמר מלאכה למעשה. ודבר שנוהג בו חלה פועל אוכל בו אף שנגמר מלאכתו למעשה עד שייגמר מלאכתו לחלה. וכן דעת הרמב"ם בפ"ב משכירות ה"ה. ונחלקו התוס' לקמן עמ' ב' ד"ה המרכסות והריטב"א כאן בדבר ששייך בו חלה אבל אין דעתו להביאו לידי חיוב חלה כגון שדעתו לעשות מהחיתין קליות, לתוס' דינו כדבר שלא נהוג בו חלה ותלוי בגמר מלאכה למעשה, ולריטב"א תלוי בחזי לחלה ולא אם בפועל יבא לידי חיוב חלה ע"ש. הריטב"א כתב בשם הרמב"ן שגם בדבר שנוהג בו חלה פועל אוכל בו רק עד מירוח שהוא גמר מלאכתו למעשה. ומאז אינו אוכל עד שיעשו מהחיתין קמח ואז הוא שוב אוכל עד שייגמר מלאכתו לחלה. ואף שהרמב"ן כתב על פשט זה שאינו נכון מ"מ הריטב"א כתב פשט זה בשם הרמב"ן וס"ל שכן עיקר.

מה שאין פשט זה נראה לרמב"ן יתכן שהוא משום דס"ל שאם אחר מירוח מפסיק הפועל לאכול אף שסופו לבא לידי הפרשת חלה אין סיבה שיחזור ויאכל כשנעשה קמח דכל זמן שאין התחלת עיסה דהיינו נתינת המים אין הקמח טבול לחלה כלל. והדברים מבוארים ברמב"ן בקידושין מ"ו: דמבואר שם שהמפריש חלתו קמח לא חלה הפרשתו. והקשה הרמב"ן שם מ"ש חלה שלא חלה הפרשתה לפני שנעשה עיסה משום דכתיב עריסותיכם מתרומה דאף דכתיב דגנך ומותר באכילה לפני מירוח מ"מ ההפרשה חלה גם לפני מירוח, ונימא הכי גם בחלה שאף שמותר לאכול עד שנעשה עיסה מ"מ ההפרשה תחול גם לפני"כ. ובתי' הראשון מתרין הרמב"ן דאה"נ הדין דגנך בתרומה והדין עריסותיכם בחלה שונים ובשניהם היה צריך להיות הדין שלא יחול ההפרשה לפני גמר מלאכה אלא שלגבי תרומה גלי קרא שחל ההפרשה לפני מירוח דילפינן בכמה דוכתי מקרא שאם הקדים והפריש מע"ר בשייבלין אין המע"ר חייב בתרומה גדולה. ומוכח דחל ההפרשה של מעשה לפני מירוח. וכתב ע"ז הרמב"ן ולי נראה שמה שלא חלה הפרשת חלה מקמח הוא משום דקמח לענין חלה לא דמי לפירות לפני מירוח לענין תרומה אלא דמי להפרשת תרומה לפני הבאת שליש שלא חל. וכמו שלגבי תרומה יש ג' זמנים, לפני הבאת שליש לא חל הפרשה כלל, אחר הבאת שליש עד מירוח מותר לאכול עראי והפרשה חלה, אחר מירוח שאסור לאכול, כך לגבי חלה יש ג' זמנים, המצב של קמח הוי כלפני הבאת שליש שלא חל הפרשה כלל, מנתינת המים עד הגלגול מותר עדיין לאכול אבל אם יפריש חלה ההפרשה כמו תרומה לפני מירוח, אחרי הגלגול דינו כאחר מירוח. הרי שסובר הרמב"ן שאין הענין של עריסותיכם לגבי חלה ענין של גמר מלאכה אלא שכל החיוב חלה הוא על עיסה ולא על תבואה. וקמח לגבי חלה הוא כתבואה שלא הביאה שליש שמבואר ברש"י בקידושין ס"ב: שאינו תבואה כלל ולכן לא חל עליו הפרשה. ולכן סובר הרמב"ן כאן שאם מפסיק הפועל לאכול אחרי מירוח לא מסתבר שיחזור ויאכל כשנעשה קמח דכל זמן שאין נתינת המים ליכא התחלה של חיוב חלה.

הראב"ד בפ"ב משכירות ה"ה כתב על מה שפסק הרמב"ם שבדברים שיש בהם חלה פועל אוכל עד גמר מלאכה לחלה וז"ל טעה הוא וכל האומרים כן שלא הוזכרה חלה בדרך ותני אבל משעת מעשה פקעה אכילתם עכ"ל. וכתב המ"מ שהראב"ד ס"ל שתמיד תלוי במעשה וחלה כדי נסבא. ומה שהוצרכו לומר כרוך ותני הוא מפני שאם כתוב בברייתא חלה לחודיה א"א לומר שזה לאו דוקא אבל אם כתוב יחד עם מעשה י"ל דהעיקר הוא גמר מלאכה למעשה וקתני חלה אגב מעשה. ועיין באבה"א שכתב שאין לפרש כן דברי הראב"ד ומבאר שלראב"ד גם בדבר שנוהג בו חלה אינו אוכל אחר שנגמרה מלאכתו למעשה, והוזכר גמר מלאכה לחלה רק לענין שאם נגמר מלאכתו לחלה לפני גמר מלאכה למעשה אינו אוכל. ומשכחת לה כשטחן חטים עם המון וגם לש עם המון והמורסן. ובלי כרוך ותני א"א לומר כן דהברייתא שהזכירה רק חלה ע"כ סוברת שדבר שהייב בחלה לא קובע גמר מלאכה למעשה אבל אחרי שאמרו כרוך ותני תמיד קובע גמר מלאכה למעשה אלא שאם קדם גמר מלאכה לחלה גם זה גורם שהפועל מפסיק לאכול.

נמצא השיטות בזה א. לרש"י ולרמב"ם בדבר שלא נהוג בו חלה פועל אוכל עד גמר מלאכה למעשה, ואם נהוג בו חלה הוא אוכל גם אחרי גמר מלאכה למעשה עד גמר מלאכה לחלה. ב. לריטב"א גם בדבר שנוהג בו חלה אינו אוכל אלא עד גמר מלאכה למעשה, אלא שאם נהוג בו חלה הוא חוזר ואוכל משנעשה קמח עד גמר מלאכה לחלה. ג. לראב"ד להבנת המ"מ הכל תלוי במעשה ואפי' בדברים שנוהג בהם חלה אינו אוכל אחרי גמר מלאכה למעשה וחלה אינו קובע כלל ונזכר אגב מעשה. ד. לראב"ד לפירוש האבה"א גם בדברים שנוהג בהם חלה אינו אוכל אחרי גמר מלאכה למעשה, ואם הגמר מלאכה לחלה קדם לגמר מלאכה של מעשה אינו אוכל אחרי גמר מלאכה לחלה אף שלא נגמר למעשה. דהיינו שדבר שיש בו גמר מלאכה גם למעשה וגם לחלה לרש"י אזלינן בתר המאוחר שבהם ולראב"ד בתר המוקדם שבהם.

תוד"ה יצא הלש. הקשו התוס' אמאי נקט מקטף הרי אין קיטוף בלי לישא וכבר נגמרה מלאכתו לחלה משעת לישא. האו"ש בפ"ו מביכורים ה"ב ד"ה ונראה כתב לישב קושיית התוס' דתנן בפ"ב דחלה שעיסה שנלושה במי פירות חייבת בחלה. ובירושלמי שם מובא תנא שחולק וס"ל שאינו חייב בחלה אא"כ נילוש באחד מ' משקין. וכתב האו"ש דברייתא דהכא סברה כמ"ד דליכא חיוב חלה כשנלושה העיסה במי פירות. וא"כ משכחת לה שחל חיוב חלה ע"י הקיטוף, כגון שלש במי פירות

ואח"כ מקטף במים או שמן וע"י הקיטוף נבלע בעיסה המים או השמן ורק אז הוא מתחייב בחלה. ובאופן זה נאמר כאן שפועל אוכל עד הקיטוף דעד אז לא נגמרה מלאכתו לחלה.

מהו שיהבהב באור. הספק הוא אם אסרה תורה כל דבר שגורם שיאכל יותר או דוקא כשאוכל עם דבר אחר משא"כ כשעושה תיקון בדבר זה עצמו לא אסרה תורה, וכמו שפשוט לגמ' שאכשורי גברא בודאי לא נאסר כיון שאינו עושה שום פעולה בענבים כך יש צד להתיר הבהוב כיון שהוא תיקון הענבים ואינו אוכל עם דבר אחר. ומה"ט היה ה"א בגמ' שגם לספות במלח דמי להבהוב שאין המלח נאכל בפנ"ע אלא בטל לענבים והוי כהבהוב שמשביח את הענבים ואינו אוכל דבר נוסף עמו כמבואר בלשון רש"י בד"ה מלח ודאי כענבים וד"א דמי וז"ל אע"ג דעליהו דענבים קא מבדר ליה ולא מילתא באפיה נפשיה הוא ספת מ"מ דבר אחר הוא עכ"ל. מבואר שהה"א לדמות להבהוב הוא משום שהמלח נטפל לענבים ואינו דבר אחר. ולשיטת ר"ת גם הבהוב שאינו אלא משביח פשוט שאינו נאסר והספק הוא רק כשבלי הבהוב אינו נאכל אלא ע"י הדחק בזה יש צד לאסור כיון שמשנה את הפרי ולא הותר אלא לאכול כצורתו. רוב הראשונים ס"ל שספק זה לא נפשוט. ורק בעה"מ ס"ל דנפשוט לקולא מזה שמפרשים את הבריות שהובאו בסמוך לענין לספות במלח משום מעשר משמע דלולא זה מותר וא"כ כ"ש שמותר להבהב. והרמב"ן במלחמות דחה דליכא ראיא משם דאיירי עם רשות ולכן אין איסור אלא משום מעשר. וכ"כ התוס' בד"ה פועל.

הרא"ש כתב דכיון שלא נפשוט הספק אסור לפועל להבהב. ולא כתב הרא"ש מה הדין אם עבר והבהב אי מפקינן מיניה או לא. אבל לקמן צ"א: בספק של עושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר כתב הרא"ש דכיון שלא נפשוט אסור לאכול ואם אכל אין מוציאים מידו. וכן מפורש בריטב"א כאן ובשיטה בשם הרמ"ך לגבי הספק של הבהוב שאם תפס לא מפקינן מיניה. ונתקשו האחרונים אמאי כתב הרא"ש שאם אכל אין מוציאים ממנו הרי שיטת הרא"ש דקי"ל שבספק ממון אי תפס מפקינן מיניה ומ"ש ספק זה מכל ספק ממון. וכמה דרכים נאמרו בזה. הש"ך בספרו תקפו כהן, הובא בקונה"ס כלל ד' אות ח', מוכיח מזה שהרא"ש ס"ל דמאי דקי"ל תקפו כהן מוציאים מידו הוא רק בספק במציאות אבל בספק בדין מהני תפיסה. ומה שהרא"ש בריש פ"ב דב"ק חולק על הרי"ף דס"ל כן, מחדש הש"ך שרק בקנס חולק הרא"ש אבל בממון מודה הרא"ש לסברת הרי"ף לחלק בין ספק במציאות לספק בדין, ולכן ס"ל הכא דמהני תפיסת הפועל כיון דהוי ספיקא דדינא. וטעם החילוק בין ספק בדין לספק במציאות מבאר הש"ך בב' אופנים והובאו דבריו בקונה"ס שם אות ג', והקוה"ס בעצמו כתב טעם אחר שם באות ד' ע"ש.

התומים בקיצור תקפו כהן ס' כ"ה מבאר דברי הרא"ש באופן אחר דס"ל דאכילת הפועל במקום ספק הוי תפיסה קודם שגולד הספק ולכן אין מוציאים מידו. ומה שזה נחשב תפיסה קודם שגולד הספק מבאר התומים דמון לידת הספק בספק של בעיא דלא איפשטא הוא כשקרה המעשה שעליו יש ספק. ועוד מחדש התומים דלא בעינן תפיסה לפני לידת הספק אלא סגי בתפיסה בשעת לידת הספק. דהיינו שהעיקר הוא שלא היתה לידת הספק לפני התפיסה. וא"כ הכא הספק נולד בשעת אכילת הפועל והוי תפיסה בשעת לידת הספק ודינו כדין תפיסה קודם שגולד הספק ולכן כתב הרא"ש דאין מוציאים מידו. והקוה"ס שם אות י"ג כתב שהתומים האריך בתירוץ דהאי מילתא ואין דבריו ברורים. ומש"כ שאין דברי התומים ברורים היינו מפני שהתומים בנה תירוץ על ב' חידושים ושניהם אינם מוסכמים. דמה דס"ל שבבעיא דלא איפשטא לידת הספק הוא כשקרה המעשה שעליו יש ספק דעת הש"ך אינה כן. והובא המחלוקת בזה בקונה"ס כלל ג' אות ה', דשיטת הש"ך דבתיקו ובעיא דלא איפשטא לידת הספק הוא בשעת חתימת הש"ס וכל תפיסה בספק כזה הוי תפיסה אחר שגולד הספק. והקונה"ס שם חולק דמה בכך שהתיקו נולד קודם תפסתו מ"מ אם תפס לפני שנתעורר הספק למעשה זה תפיסה קודם שגולד הספק. ומביא הקוה"ס שגם התומים חולק בזה על הש"ך. ומה שמחדש עוד התומים דסגי בתפיסה בשעת לידת הספק הקונה"ס בכלל ג' אות ו' מאריך בענין זה וחולק על התומים וס"ל דתפיסה קודם הספק היא שגורמת שיועיל התפיסה ולא סגי בתפיסה בשעת לידת הספק. ולכן כתב הקוה"ס כאן שאין דברי התומים ברורים.

הקונה"ס בכלל ד' אות י"ג מבאר דברי הרא"ש באופן אחר. דמה שבכל ספק מוציאים מיד התופס הוא מפני שתביעת התובע הוא מכח קנין או שיעבוד שיש לו על התובע, וכשיש ספק אם יש לו קנין או שיעבוד החזקת מ"ק של התובע מכריע שאין לו קנין ולא שיעבוד, ואחר שהוכרע הדבר ע"י חזקת מ"ק לא מהני תפיסה. וזה לא שייך לענין פועל כיון דקי"ל משל שמים הוא אוכל ואפי' על הצד שדינו לאכול אין לפועל זכות ממון על בעה"ב א"כ אין לדון במקום ספק מכח חזקת מ"ק שאפי' על הצד שדינו לאכול אין זה מגרע בעלות בעה"ב ולכן אין חמ"ק יכול להכריע ספק זה. וא"כ אין הספק מתחיל אצל בעה"ב אלא אצל הפועל אם מותר לו לאכול או לא, ומספק אמרינן דאינו אוכל דהוי ספק גול, וכשאוכל הספק ממון מתחיל אצלו אם לקח כדין או לא ומספק אמרינן כלפיו הממע"ה. ודמי להיכא דאיכא ספק אם מותר להזיק או לגזול ממון חברו או לא דמספק אסור אבל אם הזיק אינו משלם וכן כאן. ולכאורה זה דלא כדברי הגר"ח שכתב בפ"ח ממעילה ה"א שאפי' למ"ד משל שמים הוא אוכל יש לו זכות ממון על אכילה זו. ולדבריו כשיש ספק צריך להיות בזה חמ"ק, ואף שאין לו עדיין קנין במה שיאכל מ"מ כיון שיש לו זכות ע"ז מספק נימא הממע"ה, דבספק ממון אזלינן בתר חמ"ק גם למאן דאית ליה שיעבודא לאו דאורייתא כיון שגם לדידיה אית ליה לתובע זכות ממון.

הלח"מ בפ"ב משכירות ה"י מקשה אמאי כתב הרא"ש שאם אכל הפועל אין מוציאים מידו רק בספק של עושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר, וכאן בספק של הבהוב כתב רק שמספק לא יבהב ולא כתב שאם הבהב אין מוציאים מידו. וכן הטור בס' של"ז כתב כן רק לגבי עושה בגפן זה ולא לגבי הבהוב. וכתב הלח"מ דלגבי הספק של עושה בגפן זה שיש צד שאין זכות אכילה כלל בגפן השני היה ה"א שאם תפס יוציאו ממנו וצריך הרא"ש לחדש שמהני תפיסה, אבל לגבי הבהוב כיון שזמן הדין יש לו לאכול והספק הוא רק לגבי המעט שאכל יותר ע"י ההבהוב פשוט שמהני תפיסה ולא היה הרא"ש צריך לומר את זה. וצ"ב אמאי יש חילוק בין אם הספק הוא על כל מה שאכל או על חלק ממה שאכל. עכ"פ מבואר דפשיטא ליה ללח"מ שגם לצד שאסור לאכול ע"י הבהוב יוציאו ממנו רק מה שאכל יותר ע"י ההבהוב ולא את כל מה שאכל. והובא לעיל פ"ז: שהמנ"ח במצ' תקע"ו מסתפק באוכל ענבים ודבר אחר אם צריך להחזיר את כל מה שאכל או רק את מה שאכל יותר, ובהמשך דבריו שם מביא שבלח"מ מבואר דנקט שמחזיר רק את התוספת.

האור"ש בפ"ב משכירות כתב לחלק בזה בין הספיקות ולדבריו הרא"ש והטור כתבו דאם אכל אין מוציאים מידו דוקא לגבי הספק של עושה בגפן אבל לגבי הבהוב יודו שלא מהני תפיסה. דלגבי הבהוב כיון שבכל גונו יש אפשרות להבהב והדין הוא שלכתחילה אסור להבהב א"כ כשנשכר זה ע"ד כן שיעשה כדין והוי כהתנה שלא יבהב, לכן בזה לא מהני תפיסה.

משא"כ לגבי עושה בגפן זה לא שייך לומר דהוי כהתנה שלא יאכל בגפן אחר שהרי כשיעשה בגפן השני כן יאכל שם, ועוד שלא תמיד יש לפועל ענין לאכול מגפן אחר ולא הוה ליה לאתנויי. וכיון דלא הוי כהתנה ממילא נשאר הספק במקומו ומהני תפיסה. אך כבר נתבאר שבריתב"א כאן ובשיטה בשם הרמ"ך מבוואר שגם כאן לגבי הבהוב אם הבהב אין מוציאם מידו.

הרמב"ם סתם לגבי שתי הספיקות שלא יאכל בגפן אחר ולא יבהב כאילו שנפשט לאיסור. וקשה דהוי ליה לרמב"ם להזכיר דהוי ספק דלדידיה בכל הספיקות מהני תפיסה. ועיין מש"כ האבה"א לבאר מה דסובר הרמב"ם כאן דלא מהני תפיסה. וי"ל עוד ע"פ סברת האו"ש הנ"ל דכיון שאסור לאכול מספק הרי זה כהתנה שלא יאכל. והרמב"ם לא יחלק בין הספיקות כמו שחילק האו"ש אלא ס"ל דבתרויהו כיון דהוי ספק ואסור לאכול הוי כהתנה ומדין ודאי אינו אוכל. ולכן מהני תפיסה. עכ"פ יוצא שהרא"ש דס"ל בעלמא דלא מהני תפיסה מספק ס"ל הכא דמהני. והרמב"ם דס"ל דבעלמא מהני תפיסה הכא ס"ל דלא מהני.

בפיתם לא יאכלו אא"כ נטלו רשות מבעה"ב, ולא יספות במלח ויאכל. למסקנת הגמ' מה שלא יספות במלח אינו משום ענבים ודבר אחר אלא מפני שהמלח קובע למעשר. הרמב"ן כתב בביאור דברי הבריתא וז"ל פ"י הכי קתני בברייתא ובפת לא יאכל אא"כ נטל רשות ולא יספות במלח אע"פ שנטל רשות ובשתיים משום דהוקבע למעשר. אבל בלא ספיתא יאכל אפי' שתיים שאין זו קציצה אלא כשקצץ בשעת שכירות דדמי למקח עכ"ל. וכונת הרמב"ן דקשיא ליה כיון שאסור לאכול עם מלח משום ענבים וד"א ע"כ סיפא איירי שנתן לו בעה"ב רשות לאכול עם מלח, ואעפ"כ כשאוכל שתיים אסור לאכול עם מלח מפני שהמלח קובע למעשר. אך משמע דאף שקיבל רשות לאכול עם מלח אם יאכל בלי מלח יכול לאכול גם שתיים וע"ז קשה לרמב"ן אמאי אין בזה מקח שקובע למעשר. הרי מבוואר בסמוך שבאופן שאין דינו לאכול וקצץ שיאכל הקציצה היא כמקח וקובע למעשר, א"כ גם כאן שקיבל רשות לאכול במלח, שזה דבר שמדין פועל אין דינו לאכול, א"כ הוי כקציצה ויהיה אסור לאכול שתיים אפי' אם אינו אוכל במלח דמקח קובע בשתיים. ואף שלמעשה אכל בלי מלח ולא אכל יותר ממה שהיה דינו כפועל מ"מ כיון שהיה רשות לאכול במלח וזה יותר ממה שיש לו מדין פועל א"כ כל מה שאוכל יש לו דין קציצה. וכתב ע"ז הרמב"ן דקציצה שנחשב כמקח היינו דוקא כשקצץ בשעת השכירות והוי כתוספת שכר אבל נתנית רשות שאינו בשעת שכירות אין זה תוספת שכר אלא רק רשות בעלמא ואין לזה דין מקח ואינו קובע למעשר. ולכן יכול לאכול אפי' שתיים אם אינו אוכל במלח.

ורמינהו השוכר את הפועל וכו'. ברישא דברייתא קתני שפועל שנשכר לעדר ולקשקש אינו אוכל. אח"כ קתני שאם נשכר לבצור הרי זה אוכל. ועוד קתני שאם קצץ הרי זה מקח ואוכל אחת אחת ולא שתיים שתיים, שמקח קובע בשתיים. ובסיפא קתני וספת במלח ואוכל. נחלקו הראשונים על מה קאי מה דקתני שאם קצץ אוכל רק אחת אחת. התוס' כתבו בדעת רש"י דקאי ארישא ששכרו לעדר ולקשקש שאין דינו לאכול מדין פועל, ואינו אוכל אלא מכח הקציצה ואז הקציצה נחשבת כמקח וקובע למעשר. אבל היכא שנשכר לבצור שאוכל מדין פועל אין הקציצה נותנת לזה דין מקח כיון שאינו אוכל מחמת הקציצה אלא מכח דין פועל. והרמב"ן כתב שמפורש במשנה בפ"ב ממועשרות מ"ז שאם קצץ על דבר שדינו לאכול מדין פועל אין לזה דין קציצה ואינו קובע למעשר. הרשב"א כתב שדעת רש"י שגם כשקצץ על דבר שבל"ה הוא אוכל מדין פועל זה נראה כמקח וקובע למעשר מדרבנן. ומחלוקת זו תלויה בפשט בגמ' לקמן צ"ב: כמו שיבואר שם בס"ד.

הובא לעיל דברי המנ"ח שמתפק בפועל שאכל עם פת אם משלם כל מה שאכל שכולו היה שלא כדין או שמשלם רק מה שאכל יותר מחמת הפת. ולכאורה יהיה נ"מ מזה לשיטת התוס' והרמב"ן היכא שאוכל מדין פועל וקצץ שיאכל עם פת אם יש דין מקח על כל מה שיאכל עם פת או רק על התוספת שאכל יותר בגלל שאכל עם פת. אך דבר זה תלוי במחלוקת התוס' והרמב"ן. שבדברי התוס' לקמן צ"ב: ד"ה על מנת מבוואר שאם קצץ שיאכל דבר שדינו לאכול מן התורה ויש בקציצה תוספת על מה שהיה דינו לאכול מן התורה, התוספת יש לו דין מקח וחייב במעשר, והחלק שבל"ה היה אוכל אינו מקח ופטור מן המעשר. ולתוס' היכא שקצץ לאכול במלח יהיה תלוי בדברי המנ"ח אם כולו מקח וחייב במעשר או רק מה שאוכל יותר מחמת המלח. אבל מדברי הרמב"ן כאן מוכח שכשיש בקציצה תוספת כל הקציצה כולו הוי מקח, וגם החלק שבל"ה היה אוכל חייב במעשר. שהרמב"ן שהובא לעיל היה קשה לו אם קיבל רשות לאכול במלח אמאי מותר לאכול שתיים בלי מלח הרי המקח קובע. וכתב שנתנית רשות כיון שאינו בשעת שכירות אין לו דין מקח. ומבוואר שאם היה קציצה גמורה לאכול עם מלח היה אסור לאכול שתיים שתיים אפי' בלי מלח, והאכילה שאוכל בלי מלח בודאי דינו לאכול מדין פועל ואעפ"כ היה קשה לרמב"ן שיהיה מקח. ומוכח דכיון שהמקח מוסיף דבר שלא היה דינו לאכול הוא כולו מקח. וא"כ אפי' לצד של המנ"ח שמה שהיה אוכל גם בלי הפת הוא כדין מ"מ גם חלק זה יש לו דין מקח ואפי' אם אכל בלי פת בכלל אינו אוכל אלא אחת אחת. והרמב"ן לשטתו אינו מפרש לקמן צ"ב: כתוס' כמו שיבואר שם בס"ד. אמנם גם לתוס' מבוואר שם שכשיש בקציצה תוספת אף שמדינא אין לעיקר דין מקח מ"מ מדרבנן גם העיקר מחזי כמקח וחייב במעשר מדרבנן יעו"ש. א"כ למעשה גם לתוס' אין נ"מ מהספק של המנ"ח לענין זה.

תורה קוצץ. הביאו פ"י ר"ח דקצץ היינו שהתנה שלא לאכול אלא עשר פירות או עשרים וע"ז פריך בפיר במאי דבעי יאכלם שהרי לא יאכל יותר בגלל המלח שהרי התנה שלא יאכל יותר מסכום מסוים. יש לעיין אם לפי ר"ח קוצץ קאי על הרישא דאין דינו לאכול וקצץ שיאכל ור"ח בא לישב מה שהקשו התוס' אמאי פשוט לגמ' שכלול בקציצה שיאכל במלח. וע"ז כתב ר"ח דקצץ שיאכל סכום מסוים ובזה פשוט שאוכל במלח. או שלר"ח קצץ קאי אסיפא היכא דאוכל מדין פועל ואהני הקציצה שלא יאכל יותר מסכום מסוים ולכן פשוט לגמ' שיכול לאכול במלח. עיין בשיטה בשם הרא"ש שכתב בהדיא דר"ח פירש דקאי אסיפא, ומקשה על ר"ח דלישנא דגמ' משמע שהקציצה היא למעליותא להוסיף על אכילתו ולא לגרע. ועוד מקשה הרא"ש אמאי יש לקציצה זו דין מקח הרי לא הוסיף ע"י הקציצה יותר ממה שהיה אוכל בלי הקציצה. גם הרמב"ם בפ"ב משכירות ה"י כתב שאם קצץ הפועל עם בעה"ב על שעור מה שיאכל אוכל אותו בין במלח בין בפת בין בכל דבר שירצה. וכתב ההגהות מיימוניות שם שזה כפי ר"ח. ומבוואר דס"ל דקאי על פועל שדינו לאכול דע"ז קאי הרמב"ם שם. ולכאורה מבוואר בדברי הרמב"ם ור"ח דאף שאסרה תורה לאכול ענבים ודבר אחר האיסור הוא רק כשיש חשש שע"י זה יאכל יותר, ולכן כשמתנה שלא יאכל יותר מותר לאכול בפת, אף שלא התנה לאכול בפת אלא התנה שלא יאכל יותר זה מתיר לאכול בפת כיון דליכא חשש. וא"כ יש לפשוט מזה את ספקו של המנ"ח דאין איסור בעצם האכילה עם דבר אחר אלא רק התוספת אסורה ואם אכל בפת לא ישלם אלא רק את התוספת. אך זה אינו שמפורש בגמ' לפירוש זה דקציצה זו נחשבת מקח וקובע למעשר, ומוכח

דס"ל שבכה"ג אכילתו הוא מחמת הקציצה ולא מחמת דין התורה לכן ליכא איסור של ענבים ודבר אחר. ואין מזה ראייה לנידון של המנ"ח שהוא כשאוכל בלי קציצה.

אמר אביי לא קשיא כאן בארץ כאן בחו"ל. אביי מפרש מה דקתני בברייתא השניה שסופת במלח דאיירי בחו"ל שמעשר דרבנן ובוזה לא החמירו שמלח יקבע למעשר. לכאורה צ"ל שלאביי מה דקתני לא יספות לא קאי על סוף הברייתא שקצץ והתם אוכל רק אחת אחת ובזה גם בארץ אין מלח קובע, אלא קאי היכא דשכרו לבצור ולא היה קציצה ואז אוכל שתים ופ"ה סופת במלח, וקמ"ל שבחו"ל לא החמירו שמלח יקבע למעשר. ורק לרבא קאי על קצץ דלדידיה מה שסופת במלח הוא מפני שבל"ה אינו אוכל אלא אחת אחת בגלל המקח וא"כ יכול לאכול במלח דאין מלח קובע בפחות משנים. וכן מבואר בחזו"א מעשרות ס' ד' סקכ"ג שלאביי סופת במלח קאי על שכרו לבצור. אך צ"ע דלכאורה ברש"י מפורש שלא פירש כן שכתב בד"ה כאן בארץ דלאביי סופת במלח קאי אסיפא, וסיפא היינו קצץ כדמוכח מלשון רש"י לפני זה ע"ש. ולכאורה אינו מובן אי קאי אקצץ לא צריך להעמיד בחו"ל דגם בא"י כשאוכל אחת אחת יכול לספות במלח. ועיין בשיטמ"ק ד"ה וכתב הרמ"ך שכתב בשם הרא"ש שרש"י בדוקא כתב דקאי אסיפא שאם קאי אשכרו לבצור תפשוט דהבהוב שרי, ולא ס"ל לרש"י מש"כ התוס' והרמב"ן דאיירי עם רשות. וקשה איך אפשר לומר דקאי על קצץ הרי אינו אוכל אלא אחת ובל"ה מלח אינו קובע, וצ"ע.

אמר רבא מי איכא מידי דבארץ קבעה ספיתא מדאורייתא ובחו"ל לא קבעה ספיתא ומותר לכתחילה. מפשטות לשון הגמ' משמע שמה שמלח קובע למעשר הוא מן התורה. וברמב"ם מפורש דאינו אלא מדרבנן שבפ"ג ממעשר ה"ג כתב הרמב"ם שששה דברים קובעים למעשר ואחד מהם הוא המלח. ובפ"ד ה"ב כתב שיראה שאין לוקין מן התורה אלא על טבל שנקבע ע"י ראית פני הבית אבל אם נקבע בשאר הששה דברים אין לוקין עליו אלא מלקות מדרות מדבריהן. ועיין בחזו"א במעשרות ס' ד' סקכ"ג שכתב שאין כונת הגמ' כאן שמלח קובע מן התורה אלא שרבנן תקנו שמלח יקבע רק במקום שנוהג מעשר מן התורה ולא בחו"ל שמעשר דרבנן. וכן מפורש בלשון הריטב"א כאן וז"ל בפירות א"י דמחייבי במעשר מדאורייתא ובדידהו אחמור רבנן דתקבע בספיתא עכ"ל. מפורש שמלח קובע מדרבנן ומה שנקטו דאורייתא קאי על חיוב המעשר ולא על קביעת המלח.

אמנם אין זה מוסכם שהרשב"א מביא שהראב"ד ס"ל שאם מלח קובע למעשר כ"ש שאכילה עם פת קובע למעשר. וכן מבואר בראב"ד בפ"ב משכירות ה"י. והראב"ד מבאר מה דקתני בברייתא בפיתם לא יאכלו אא"כ נטלו רשות מבעה"ב, ולא יספות במלח ויאכל, דלא יאכלו עם פת אא"כ נטלו רשות ויעשר מה שהוא אוכל, וכן במלח לא יאכל אא"כ נטל רשות ויעשר. וזה דלא כרמב"ן שכתב בבאור דברי הברייתא דבפת לא יאכל אא"כ נטל רשות, ולא יספות במלח אע"פ שנטל רשות משום שהקובע למעשר. משמע דבפת אם נטל רשות הוא אוכל בלי לעשר שמלח קובע ולא פת. ומקשה הרשב"א על דברי הראב"ד שפת קובע אמאי צריך למעט מענבים ולא ענבים וד"א שלא יאכל עם פת ת"ל דפת קובע למעשר ואין פועל אוכל בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר. ותי' הרשב"א שאין קביעות זו אלא מדרבנן. ועוד כתב הרשב"א שאפי' אם נאמר שמלח ופת קובעים מן התורה מ"מ לולא המיעוט היה יכול לאכול עם פת דלא ממעטינן מדייש שאין פועל אוכל בדבר שנגמרה מלאכתו אלא שאינו אוכל כשמלאכתו בדבר שנגמרה מלאכתו, אבל אם מלאכתו לפני גמר מלאכה יכול לאכול אפי' אם אוכל דבר שנגמרה מלאכתו. [לעיל פ"ה. הובא מחלוקת המהרש"א והמהר"ם בענין זה]. ומסיים הרשב"א וז"ל וזה נ"ל עיקר דספיתא נראה שקובעת אפי' דאורייתא כנ"ל עכ"ל. הרי דס"ל שמלח קובע מן התורה כפשטות לשון הגמ' ולא כרמב"ם והריטב"א שכתבו שמלח קובע רק מדרבנן.

פרות המרכסות בתבואה. פרש"י שאין בזה לאו דלא תחסום מפני שנגמרה מלאכתן למעשר. הראשונים לעיל פ"ט. הקשו אמאי אין בזה לא תחסום הרי תבואה נוהג בו חלה ודבר שנוהג בו חלה תלוי בגמר מלאכה לחלה. התוס' כאן כתבו שאין תבואה זו עומדת לעשות ממנה קמח אלא לקליות וכיון שאין סופו לבא לידי חיוב חלה הקובע הוא גמר מלאכה למעשר. והובא לעיל שהריטב"א בדף פ"ט. חולק וס"ל שאם זה מין שיכול לבא לידי חלה הוא תלוי בגמר מלאכה לחלה אף שאינו עומד לבא לחיוב חלה. הרמב"ן לעיל כתב שמש"כ רש"י דאין בזה לא תחסום מפני שנגמר מלאכתו למעשר אין כונתו משום שאין בהמה אוכלת בדבר שנגמרה מלאכתו למעשר אלא כונתו דכיון שנגמר מלאכתו למעשר הרי זה טבל ואסור להאכילו לבהמה, ומה שאין לא תחסום בפרות המרכסות בתבואה הוא מאותו טעם שאין לא תחסום בפרות חדשות בתרומה ובמעשר. והרמב"ן כתב על פשט זה שכן נראה עיקר. אבל הרשב"א כתב דאינו נראה שא"כ הל"ל פרות חדשות בטבל ובתרומה ובמעשר, ולא להזכיר מרכסות בתבואה כדבר בפנ"ע. הריטב"א שם כתב ע"פ דרכו שגם בדבר שנוהג בו חלה אינו אוכל אחרי גמר מלאכה למעשר, אלא שחוזר ואוכל משנעשה קמח עד גמר מלאכה לחלה, והכא איירי אחר גמר מלאכה למעשר לפני שנעשה קמח ובזמן זה ליכא לא תחסום. לפי שיטת הראב"ד שהובא לעיל נמי לא קשיא מהכא דס"ל שגם דבר שנוהג בו חלה אין פועל אוכל ממנו אלא עד גמר מלאכה למעשר.

הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ד מפרש פרות המרכסות בתבואה באופן אחר. וז"ל פרות המהלכות על התבואה לפי שירט להן הדרך אינו עובר עליהן משום כל תחסום עכ"ל. וכתב הראב"ד שהרמב"ם מפרש מרכסות בתבואה היינו שלא היה כלל כונה לדוש אלא שעוברות על התבואה דרך הליכתן למקום אחר כדי לקצר הליכתן. וכתב הלח"מ בשם הנ"י שמה שהכריח את הרמב"ם לפרש כן הוא משום דקשיא ליה כנ"ל אמאי ליכא לא תחסום הרי דבר שנוהג בו חלה תלוי בגמר מלאכה לחלה.

נמצא הדרכים בישוב השאלה אמאי אין לא תחסום הרי לא נגמרה מלאכתן לחלה א. לתוס' מפני שעומד לקליות ולא לעשות ממנו קמח. ב. לרמב"ן בדעת רש"י אין הטעם מפני שבהמה אינה אוכלת אחרי גמר מלאכה למעשר אלא כיון שנגמר מלאכתן למעשר אין זה ראוי לבהמה שאסור להאכיל טבל לבהמה. ג. לריטב"א גם בדבר שנוהג בו חלה אין פועל אוכל אחרי גמר מלאכה למעשר ורק כשנעשה קמח שוב אוכל עד גמר מלאכה לחלה. ד. לראב"ד חלה בכלל לא קובע אלא תמיד אחרי גמר מלאכה למעשר אינה אוכלת. ה. הרמב"ם מכח קושיא זו פירש פשט אחר בגמ' דמרכסות היינו שדשו בלי כונה תוך כדי הילוכן.

בתרומה ובמעשר אינו עובר משום כל תחסום. רש"י מפרש טעמא דסתם דייש אינו תרומה שדייש הוא לפני גמר מלאכה וסתם תרומה הוא אחר גמר מלאכה. והקשו התוס' דא"כ נימא דגם בחולין מתוקנים לא יהיה לא תחסום דסתם דייש שהוא לפני גמר מלאכה אינו מתוקן. ועיין במהרש"א שגם רש"י לא כתב כן אלא למאי דס"ד, אבל למסקנא שהגמ' מחלקת בין מע"ר למעשר שני או בין מע"ש לר"י למע"ש לר"מ ע"כ מודה רש"י שאין הטעם משום דלא דמי לסתם דייש, דלענין זה אין

לחלק בין מע"ר למע"ש ולא בין אם זה ממון גבוה או ממון הדיוט. ורש"י בעצמו מפרש בהמשך הגמ' דממון גבוה לא קרינן ביה דישו ולגבי תרומה כתב הטעם שאסור להאכיל תרומה לבהמת ישראל. אך צ"ע מה הכריח את רש"י לפרש פשט אחר בתחילת הסוגיא.

מפני מראית העין מביא בול מאותו המין ותולה לה. כתב הריטב"א דשמעין מהכא שגם במקום שיש לא תחוסם אם תולה לה מאותו המין בטרסקל אינו עובר בלא תחוסם אף שאינה אוכלת ממה שהיא דשה. דאי אמרין דאיכא לא תחוסם בכה"ג אין זה מציל ממראית העין. אך היכא דאיכא לא תחוסם בעינן שישים לה כל שיעור אכילתה שהוא ד' קבין לפרה, ורק במקום דליכא אלא מראית עין סגי במלא אגרוף. ועוד כתב הריטב"א דרשב"י דאמר שלא צריך דוקא אותו המין אלא מהני גם כרשינים שהן יפות לה מן הכל לא בא לחלוק על ת"ק אלא לפרש דבריו ואין חולק בזה. ומביא ראיה מהגמ' לקמן שפושטת מדברי רשב"י את הספק של היתה אוכלת ומתרוצת ואין פשוט מרשב"י אם ת"ק חולק. אבל מדברי התוס' שעמדו על שאלה זו בד"ה אמר משמע דס"ל שת"ק חולק. וגם במאירי מבואר דס"ל שת"ק חולק. וצ"ע בדברי המנ"ח במצ' תקצ"ו שכתב שבתוס' מבואר כריטב"א דת"ק אינו חולק. ומלשון התוס' משמע שת"ק חולק אלא שאינו חולק על עיקר סברת מעלי לה אלא חולק שאעפ"כ צריך להניח לה לאכול מאותו המין שבה היא דשה שמתחשבים גם בצערא דידה כשזה לא דבר שלא מעלי לה. הרא"ש בס' ו' כתב שראית הגמ' מרשב"י הוא משום דרבנן לא פליגי עליה אלא משום דחיישין למראית עין. ולכאורה אינו מובן דאי מודו דמהני מה שתולה לה כרשינים אף שאינו מאותו המין למה יש בזה משום מראית עין, וצ"ע.

הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ד כתב שתולה לה מאותו המין ולא כתב שיכול גם לתלות כרשינים. וכתב המנ"ח במצ' תקצ"ו אות ו' דמשמע דסובר הרמב"ם שת"ק חולק על רשב"י ופסק כת"ק דבעינן דוקא אותו המין. ומקשה המנ"ח שהרמב"ם פסק בספק של היתה אוכלת ומתרוצת שאין איסור חסימה ודין זה נלמד מדברי רשב"י והרמב"ם לא פסק כוותיה. ולפי מה שנתבאר שגם התוס' ס"ל דת"ק חולק על רשב"י ואעפ"כ מה שהגמ' פושטת מדברי רשב"י הוא אמת גם אליבא דת"ק דאין ת"ק חולק על עיקר היסוד של רשב"י א"כ נחא גם דברי הרמב"ם.

עוד מבואר ברמב"ם דמה שתולה לה משום מראית עין הוא רק בפרות הדשות בתרומה ומעשר אבל פרות המרכסות בתבואה ליכא מראית עין ואינו צריך לתלות. והרמב"ם בזה לשטתו דמפרש מרכסות שהלכו על תבואה דרך הילוכן כדי לקצר את הדרך ולא היה כונה לדוש, ובאופן זה ניכר שאינו עוסק בדישה וליכא מראית עין. אבל הטור בס' של"ח שמפרש מרכסות כרש"י כתב גם ע"ז דתולה לה שגם בזה יש מראית עין כמבואר בלח"מ על הרמב"ם בפ"ג משכירות סוף ה"ד.

ונכרי הדש בפרתו של ישראל אינו עובר בלא תחוסם. פרש"י דאירי שאמר הישראל לעכו"ם לדוש תבואה של ישראל. וצ"ב אמאי נקט רש"י שאמר לעכו"ם לדוש תבואה של העכו"ם ולא שאמר לו לדוש תבואה של ישראל. וא"ל דבאופן זה יש צד לקמן שיש איסור דרבנן של אמירה לעכו"ם, ורש"י רצה להעמיד באופן דליכא איסור כלל, דשיטת רש"י לקמן הוא שגם כשאומר לגוי לדוש בשביל הגוי אסור מדרבנן. וכתב הלח"מ בפ"ג משכירות ה"ג דרש"י ס"ל שאם הישראל אמר לעכו"ם לדוש בפרת הישראל תבואת הישראל בשביל הישראל עובר הישראל על לאו דאורייתא של לא תחוסם. אך כתב הלח"מ דצ"ע בטעם הדבר אמאי עובר הישראל הרי אין שליח לדבר עבירה ועוד דאין שליחות לעכו"ם. הכ"מ בפ"א מתרומות הי"א מביא בשם הראב"ד שישאל ששקנה חטיף מעכו"ם ומרחץ גוי בשביל ישראל זה נחשב מירוח ישראל דשלוהו של אדם כמותו. וכתב ע"ז הכ"מ דיש לגמגם בו דאין שליחות לעכו"ם. וכתב בזה המחנ"א ה"ל שלוחין ס' י"א דאף שאין שליח לעכו"ם מ"מ אם העכו"ם הוא פועל של הישראל אמרין יד פועל כיד בעה"ב ומתיחס מעשה הפועל לבעה"ב גם כשהפועל הוא עכו"ם. ומה"ט מצד המחנ"א שם שהעושה מעקה לגגו ע"י פועל גוי יכול לברך על עשיית המעקה אף דאין שליחות לעכו"ם כיון דיד פועל כיד בעה"ב. וכתב השע"מ בפ"ג משכירות לבאר דברי רש"י כאן ע"פ דברי המחנ"א בביאור דברי הראב"ד שכונת רש"י שיתחייב הישראל על מעשה העכו"ם מכח דין יד פועל כיד בעה"ב.

השע"מ בפ"א מתרומות הי"א מקשה על דברי המחנ"א מב"ק נ"א. בור של שני שותפים היכי משכחת לה אי ע"י שליח אין שליח לדב"ע. והרשב"א שם מקשה דמשכחת לה ע"י שליח עכו"ם וכתב דאין שליחות לעכו"ם. ולדברי המחנ"א משכחת לה בפועל עכו"ם שעושה בשביל שנים והם מתחייבים מדין יד פועל כיד בעה"ב. וכתב שם השע"מ דלכן נראה עיקר כמו שכתב המחנ"א הנ"ל בסוף דבריו טעם אחר שיכול לברך על מעקה שנעשה ע"י עכו"ם מדין שליחות בלי דין פועל דמה שאין שליחות לעכו"ם היינו במקום שאין השליח יכול לעשות בלי שיקבל כח מהמשלח, כגון הפרשת תרומה, קנינים, גיטין וקידושין. אבל במקום שאין השליח צריך לקבל כח מהמשלח כגון בעשיית מעקה בזה עשיית העכו"ם חשיב כאילו עשאו ישראל. אך בתחילה כתב המחנ"א שזה מהני רק לענין שיעויל עשיית הגוי אבל לא שיחשב ממש כעשיית הישראל לענין שיוכל לברך ע"ז, אבל בסוף כתב ד"ל שבכה"ג שלא צריך מסירת כח יש שליחות לעכו"ם ונחשב ממש כעשיית ישראל גם לענין זה שיוכל המשלח לברך. ומה שכתב השע"מ שנראה עיקר הביאור בדברי הראב"ד ע"פ סוף דברי המחנ"א לכאורה כונתו למש"כ המחנ"א בסוף ולכן זה נחשב מירוח ישראל מפני שמתחוס מעשה העכו"ם למשלח, דאם כתחילת דבריו שהמעשה קיים אבל אינו נחשב מעשה המשלח למה יחשב מירוח ישראל. וא"כ דברי השע"מ לכאורה צ"ב דכמו שהקשה על הפשט הראשון של המחנ"א מהגמ' בב"ק דמשכחת בור של שני שותפים כשהפרו שנים ע"י פועל עכו"ם כך קשה על סוף דברי המחנ"א דמשכחת לה ע"י שליח עכו"ם שגם בחפירת בור אין השליח צריך לקבל כח מהמשלח ולמחנ"א בכה"ג יש שליחות לעכו"ם. ואין שליח לדבר עבירה ליכא בשליח עכו"ם כדמוכח מדברי הרשב"א בב"ק שמקשה דמשכחת בשליח עכו"ם, ותי' דאין שליחות לעכו"ם, ומבואר דחסרון של אין שלדב"ע אין. וא"כ למה קשה לשע"מ מהגמ' בב"ק רק לפשט הראשון של המחנ"א ולא להפשט השני וצ"ע. בעיקר יסוד זה שבשליחות על מעשה יש שליחות לעכו"ם הביאו האחרונים מדברי הריטב"א בב"מ י' : ומהתוס' בשבועות ג. וע"ע בענין זה בנתיבות ס' קפ"ב סק"א.

ישראל הדש בפרה של נכרי עובר משום בל תחוסם. כתב השיטה בשם רבינו יהונתן דמה שישאל הדש בפרתו של נכרי עובר בלא תחוסם הוא משום דסבירא לן צער בע"ח דאורייתא. ואינו מובן מה נוגע דין זה לצער בע"ח דאורייתא או דרבנן הרי לכו"ע יש לאו של לא תחוסם וכיון שמעשה החסימה נעשה ע"י ישראל הוא עובר בלאו אף אם הבהמה של עכו"ם גם אם בעלמא צער בע"ח לאו דאורייתא. ואמנם מבואר בראב"ד שהובא בשיטמ"ק לעיל ל"ב : שהמקור לאיסור של צער בע"ח למ"ד דהוי דאורייתא הוא מהלאו של לא תחוסם נרש"י בשבת קכ"ח : כתב שהמקור הוא מעזוב תעזוב עמו, השיטה לעיל ל"ב : בשם הריטב"א כתב דהוי הלל"מ, ובהגהות החת"ס שם כתב שנלמד מקרא דורחמיו על כל מעשיו מ"מ גם המ"ד דצער בע"ח לאו

דאורייתא מודה שיש לאו דלא תחסום אלא דס"ל דלא ילפינן מהכא לשאר צער בע"ח, ולמה יהיה הדין של ישראל החוסם פרת נכרי תלוי אם צער בע"ח דאורייתא או לאו דאורייתא. ולכאורה מבואר בדברי רבינו יהונתן דס"ל כראב"ד שהמקור לצער בע"ח דאורייתא הוא מכאן אבל ס"ל שהמחלוקת אם דאורייתא או לא אינה אם ללמוד מכאן לעלמא או לא, אלא פליגי בגדר לאו דחסימה אם הוא מדין צער בע"ח או לא וס"ל דבזה תלוי הדין של ישראל הדש בפרתו של עכו"ם, ואכתי הדברים צ"ב.

תרומה אתרומה לא קשיא. האופנים שמבואר בגמ' שאין לאו דלא תחסום מחמת איסור שיש על התבואה הם תרומה, מעשר שני בירושלים לר"מ דס"ל מע"ש ממון גבוה, מעשר שני חוץ לירושלים גם לר"י דאית ליה ממון הדיוט. ועוד מבואר במעילה י"ג. שאין בהמה אוכלת כרשיני הקדש בשעה שהיא דשה וילפינן לה מדישו. ונחלקו רש"י והרמב"ם בביאור המיעוט של דישו ולא הקדש. דרש"י כתב במעילה דדישו משמע כי דש בשלך לא תחסום אבל כי דש בשל הקדש אתה חוסם דענינא כולא בחולין קמייירי. משמע שנתמעט משום דבעינן דייש שלך ולא של הקדש שאינו שלך. והרמב"ם בפ"ח ממעילה ה"ב כתב שהדש כרשיני הקדש הרי זה חוסם את הפרה שנא' לא תחסום שור בדישו הראוי לו. ולרמב"ם אין המיעוט משום דאינו שלך אלא משום דאינו ראוי לבהמה. מחלוקת הרמב"ם ורש"י בזה הובא בחי' הגר"ח זצ"ל בפ"ח ממעילה ה"א ד"ה והנה. וכן נחלקו בזה רש"י והריטב"א בסוגיין דרש"י כתב שמה שלמ"ד מע"ש ממון גבוה אין בזה לאו דחסימה הוא משום דממון גבוה אינו דישו. וכתב ע"ז הריטב"א דאינו מחזור דכי כתיב דישו אשור קאי ולא על הבעלים. אך בלשון רש"י במעילה מבואר שאין המיעוט מדישו דמשמע שלו אלא דקרא איירי בסתם דייש שהוא של חולין. הריטב"א חולק על רש"י וס"ל דלא בעינן דייש שלו אלא הכל תלוי אם הדיש ראוי לבהמה או לא. ומה שהגמ' תולה דין מע"ש אם זה ממון גבוה או לא אינו מפני שצריך דייש שלו אלא שבזה תלוי אם יש איסור דאורייתא להאכיל מע"ש לבהמה. דלמ"ד מע"ש ממון גבוה כתב הריטב"א שאסור מן התורה להאכיל מע"ש לבהמה, ולמ"ד מע"ש ממון הדיוט מותר להאכיל לבהמה מן התורה כשהוא בשיכלין מיהת דלא חזיא השתא למאכל אדם. [עיי' ברש"י שנתקשה בזה אמאי איכא לא תחסום כמע"ש בירושלים לר"י הרי גם לר"י אסור להאכיל מע"ש לבהמה, והדברים מבוארים בריטב"א כנ"ל]. אמנם לרש"י קשה אמאי אין לאו דלא תחסום ככהן שדש תרומה שלו עם בהמת ישראל אמנם אסור להאכיל תרומה לבהמת ישראל מ"מ זה דישו שהתרומה היא ממון כהן. וצ"ל שגם רש"י מודה שאם הדיש הוא דבר שאסור להאכיל לבהמה ליכא לאו דלא תחסום, אלא דס"ל לרש"י שגם אם הדיש ראוי לבהמה אם אינו שלו כגון הקדש או מע"ש למ"ד ממון גבוה זה גם סיבה שלא יהיה בזה לאו דחסימה. וההכרח של רש"י לחדש שיש גם דין דייש שלך הוא ממה שהגמ' תולה דין הדש כמע"ש במחלוקת אם מע"ש ממון גבוה או ממון הדיוט.

ולר"י הא בעי חומה. לכאורה אינו מובן דמה דבעי חומה היינו אכילת אדם אבל לגבי בהמה מה נ"מ אם נמצא תוך החומה או חוץ לחומה. ולפי שיטת רש"י בסנהדרין ק"ב: בפירושו הראשון שגם ר"י דאית ליה מע"ש ממון הדיוט מודה דחוץ לירושלים זה ממון גבוה, וכן דעת התוס' בסוכה ל"ה. סוף ד"ה לפי ניהא, דכמו שפשוט לגמ' שלר"מ דהוי ממון גבוה אין לא תחסום, לרש"י משום דבעינן דישו שלך, ולריטב"א משום שאם זה ממון גבוה אסור מן התורה להאכילו לבהמה, כך חוץ לירושלים לר"י זה ממון גבוה ואינו דיישו לרש"י, ואסור מן התורה להאכילו לבהמה לריטב"א. אבל לשיטת התוס' כאן בד"ה כאן ובקידושין נ"ג: ובבכורות ט: שלר"י גם חוץ לירושלים מע"ש הוא ממון הדיוט, כתבו התוס' דאעפ"כ אין בזה לאו דלא תחסום מפני שאינו בכלל דישו כמו שאינו בכלל עריסותיכם. וצ"ב אם זה ממון הדיוט אמאי אין זה נחשב דיישו ועריסותיכם. ועיי' בשיטה בשם התוס' שאנן דדישו משמע הראוי לו. אבל אכתי אינו מובן דמבואר בגמ' שביירושלים לר"י איכא לאו דלא תחסום ומ"ש חוץ לירושלים שלא נחשב דיישו מבתוך ירושלים שכן נחשב דיישו. וכן צריך להבין מש"כ רש"י כאן בד"ה הא בעי חומה והכי אתי לאו דלא תחסום ודחי לאו דלא תוכל לאכול בשערך, ולכאורה אינו מובן מה ענין לאו זה אצל בהמה, הרי הלאו נאמר על אכילת אדם ולא על אכילת בהמה. אמנם הביאור בזה הוא דבפשטות הגמ' בבכורות ט: מבואר דמע"ש חוץ לירושלים אינו אסור רק באכילה אלא גם בהנאה יעו"ש. וכן נקט השאגת אריה בס' צ"ז ד"ה השתא, ומבאר בזה השאג"א מה שאין מע"ש נחשב עריסותיכם ומה שאינו נחשב דישו אף דהוי ממון הדיוט משום דאסור בהנאה ואין לו דין ממון לכן אין זה דיישו. ועיי' בתוס' בפסחים מ"ד: ד"ה והוא וקידושין ל"ה. ד"ה והוא דס"ל שנטע רבעי שדינו כמע"ש הוא אסור בהנאה.

המנ"ח במצ' תמ"ב גם נקט דמע"ש חוץ לירושלים הוא אסור בהנאה, וטעמו משום דקי"ל כר' אבהו דאית ליה בריש פרק כל שעה דכל מקום שנאמר לא תאכלו אחד איסור אכילה ואחד איסור הנאה במשמע. ובמעשר שנא' לא תוכל לאכול בשערך כלול בזה גם איסור הנאה. ולדבריו י"ל שזה כונת רש"י כאן. דרש"י כאן נקט כפי' השני בסנהדרין שלר"י גם חוץ לירושלים מע"ש הוא ממון הדיוט, ומה שאין בזה לאו דלא תחסום כתב רש"י משום דאיכא לאו דלא תוכל לאכול בשערך, דהיינו כיון שלא זה נאמר בלשון אכילה כלול בו גם איסור הנאה ולכן אסור להאכיל לבהמתו ולכן ליכא לאו דחסימה דלא אתי לאו דלא תחסום ודחי לאו דלא תוכל לאכול בשערך.

נמצא דלכו"ע הלאו דלא תחסום הוא רק בדבר הראוי להאכילו לבהמה, ולכן כהן הדש תרומה בפרת ישראל אין בו לאו דלא תחסום אף שהתרומה ממנו כיון שאינו ראוי לבהמה. שיטת רש"י דיש עוד הלכה דאפי' אם ראוי לבהמה ליכא לאו אלא בדיש שלו ולא בשל גבוה. ולכן לר"מ דמע"ש ממון גבוה אין לא תחסום אפי' בירושלים. הרמב"ם והריטב"א ס"ל שהכל תלוי בראוי ולא בעינן כלל שיהיה דייש שלו. ולדבריהם מה שהגמ' תולה דין מע"ש בר"מ ור"י הוא מפני שאם זה ממון גבוה אסור מן התורה להאכילו לבהמה, ואם ממון הדיוט מותר מן התורה לבהמה והוי דיישו הראוי לו. ומה שמודה ר"י שאין לא תחסום במע"ש חוץ לירושלים לסוברים דחוץ לירושלים זה ממון גבוה א"כ מאי דסבר ר"מ בירושלים, לרש"י כדאית ליה ולריטב"א כדאית ליה, סובר ר"י חוץ לירושלים. ואם לר"י זה ממון הדיוט גם חוץ לירושלים מה שאין לא תחסום הוא משום דאסור בהנאה כמו שמבאר השאג"א. וזה כונת רש"י במה שכתב שיש בזה לאו דלא תוכל לאכול בשערך שלא זה הוא המקור לאיסור הנאה דמע"ש כמש"כ המנ"ח ולכן אין המע"ש ראוי לבהמה דהוי הנאה לבעלים.

כאן בגידולי תרומה. מה שמבואר בגמ' שיש לאו דלא תחסום אף שאינו ראוי לבהמה הוא בגידולי תרומה ותרומת מעשר של דמאי שאיסורם מדרבנן ואין בכח איסור דרבנן להתיר לאו דלא תחסום. הרש"ש נקט דלאו דוקא דרבנן אלו אלא ה"ה בכל תרומה דרבנן יש לאו דלא תחסום. ומה"ט מקשה הרש"ש אמאי דחקו להעמיד בגידולי או בתרומת מעשר של דמאי הא משכחת תרומה דרבנן בפירות חו"ל או בירקות או בזה"ז. אמנם המנ"ח במצ' תקצ"ו כתב שבכל תרומה דרבנן העמידו רבנן דבריהם כשל תורה ודינם כתרומה דאורייתא שאין לא תחסום. ורק בדמאי שהוא קל יותר משאר תרומה דרבנן דמאכילים את העניים דמאי ויש ראשונים דס"ל שגם תרומת מעשר של דמאי מאכילים את העניים ולא רק טבל של דמאי. וכן גידולי תרומה

אינה תרומה גמורה אפי' מדרבנן כמבואר ברמב"ם פ"א מתרומות הכ"א שנאכל בידים טמאות, בזה לא עשו דבריהם כשל תורה ואיכא לאו דלא תחסום. ומיושב בזה קושיית הרש"ש.

לכאורה יש להביא ראיה לדברי המנ"ח ששאר איסורים דרבנן גורמים שלא יהיה לא תחסום. דמפורש בגמ' שבתרומה דאורייתא כיון שאסור להאכילו לבהמת ישראל ליכא לא תחסום. ויש לעיין שהאיסור להאכיל תרומה לבהמת ישראל אף תרומה אינו אסור בהנאה כתבו התוס' ביבמות ס"ו: ד"ה לא דילפינן מקרא דיש איסור בתרומה בכל הנאה של כילוי כגון הדלקה לצורך ישראל או להאכיל לבהמת ישראל. ומבואר בתוס' שיש בזה איסור דאורייתא. אך שיטת הר"ש שהובא במל"מ בפ"ב מתרומות הי"ד שאיסור הנאת כילוי מתרומה אינו אלא מדרבנן [ולגבי הנאת כילוי מטבל מסתפק המל"מ שם דשמא בזה מודה הר"ש שאסור מן התורה]. ודברי הר"ש לכאורה צ"ע מסוגיא דידן דמבואר כאן שרק כשאסור להאכיל לבהמה מן התורה נדחה לאו דלא תחסום ולא כשאסור רק מדרבנן, ולגבי תרומה דאורייתא מפורש דליכא לא תחסום, ומוכח שהאיסור להאכיל תרומה לבהמת ישראל הוא מן התורה. ולדברי המנ"ח ניהא דגם באיסור דרבנן העמידו רבנן דבריהם ונדחה לאו דלא תחסום, ורק בדמאי ובגידולי תרומה שאינם תרומה גמורה אפי' מדרבנן יש לאו דלא תחסום, א"כ י"ל שאפי' אם האיסור להאכיל תרומה לבהמת ישראל הוא מדרבנן מ"מ זה דוחה לאו דלא תחסום.

מה שמבואר בגמ' שבגידולי תרומה יש איסור לחסום כתב הריטב"א שאין הכונה שמוותר לתת לבהמה לאכול כשהיא דשה שהרי איסור דרבנן מיהא איכא. אלא כונת הגמ' רק שאין התר לחסום וצריך לדוש באופן שלא תאכל מהתרומה וגם שלא יעבור על לאו דחסימה, ולכן צריך לתלות לה בטרסקל מאותו המין כדי שתאכל דבר אחר ולא יעבור על הלאו דלא תחסום. וכתב המנ"ח במצ' תקצ"ו שמדברי הרמב"ם שלא הזכיר בפ"ג משכירות ה"ד לתלות בטרסקל אלא בתרומה דאורייתא כשאין לא תחסום אלא רק מראית העין משמע דבגידולי תרומה אינו צריך טרסקל ויכול להניח לבהמה שתאכל מגידולי תרומה. ואפשר להבין את זה למנ"ח לשיטתו דס"ל שיש קולא מיוחדת בגידולין ובתרומה של דמאי שאינם תרומה גמורה אפי' מדרבנן לכן לא גזרו עליהם בשעת דיתה.

אמנם דברי המנ"ח בזה לכאורה צ"ע דאמנם הרמב"ם בהל' שכירות לא הזכיר טרסקל בגידולי תרומה מ"מ בהל' תרומות פ"א הכ"ח כתב דלכתחילה עדיף לדוש גידולי תרומה בידיו ולא ע"י בהמה כדי שלא תאכל מן הגידולי תרומה, ואם א"א יתלה לה מאותו המין. ומקורו ממשנה בתרומות פ"ט מ"ג שמפורש שם כן ע"ש. הרי מבואר ברמב"ם ובמשנה כדברי הריטב"א שגם בגידולי תרומה שלא הותר לחסום אין התר לתת לבהמה לאכול אלא צריך לתלות לה בטרסקל מאותו המין. ועיין באור"ש בסוף הל' שכירות שכתב שברמב"ם משמע שמשוה גידולי תרומה לתרומה של דמאי. וכיון שמבואר בדבריו בהל' תרומות שבגידולי תרומה צריך לתלות בטרסקל ה"ה בדמאי צריך לעשות כן. אבל לדעת הראשונים שמביא שם האור"ש דס"ל שמה שמאכילים את הענים דמאי הוא לא רק בטבל של דמאי אלא גם בתרומה של דמאי [דהיינו תרומת מעשר של דמאי] יש קולא זו ומוכח דאין לו דין תרומה גמורה אפי' מדרבנן א"כ י"ל דרק בגידולי תרומה צריך לתלות לה מאותו המין אבל בדמאי יכולה לאכול בשעת דיתה כדין עניים שאוכלים דמאי.

נמצא שברמב"א מבואר שגם בתרומה דרבנן שיש לא תחסום אין התר אכילה אלא תולה לה, וברמב"ם משמע שזה בין בגידולי תרומה בין בדמאי. האור"ש כתב שלחלק מן הראשונים יתכן לחלק בזה בין גידולין לדמאי, ובדמאי אין צורך לתלות לה, והמנ"ח כתב שברמב"ם משמע שבכל דרבנן אינו תולה לה, ודבריו לכאורה צ"ע מהמשנה והרמב"ם בתרומות.

האור"ש מבאר ע"פ דבריו מה שהגמ' אחרי שאמרו מעשר אמצע לא קשיא כאן בודאי כאן בדמאי נדחה לתרץ בזה גם את השאלה מתרומה אחרונה, ובשביל זה צריך לדחוק להעמיד בתרומת מעשר, ולמה לא ניהא התי' של גידולין. ומבאר האור"ש דמשמע בביריתא שיש אופן שמוותר לדוש בתרומה ואסור לחסום, דלא נזכר שצריך לתלות לה מאותו המין. ולמה שהעמידו בגידולין צריך לדחוק שגם שם תולה לה כמו שכתב הריטב"א. אבל עדיף לגמ' להעמיד בדמאי שבוזה יתפרש הברייתא כפשוטו שמוותר לה לאכול בשעת הדישה ואינו צריך לתלות לה מאותו המין.

הא במע"ר הא במע"ש. התוס' פרשו דבמעשר ראשון איכא לאו דלא תחסום כיון שמוותר להאכילו לבהמה שאין במע"ר קדושה ומותר לזר. כאן במעשר שני היינו או לר"מ שהוא ממון גבוה ואין בו לא תחסום אפי' בירושלים או לר"י חוץ לירושלים. הריטב"א מפרש איפכא דמע"ש היינו בירושלים לר"י ויש בו לא תחסום כאן במעשר ראשון היינו מע"ר הטבול לתרומת מעשר שאסור להאכילו לבהמה ואין בו לא תחסום. גם הרמב"ן לעיל בפרות המרכסות כתבואה מפרש בדעת רש"י שמה שאין בזה לא תחסום הוא משום דכיון שנגמר מלאכתו למעשר הוא טבל ואסור להאכילו לבהמה. והיינו או משום דס"ל שהנאת כילוי מטבל אסור מן התורה או דס"ל דהוי איסור דרבנן חמור שמפקיע לא תחסום כמו שנתבאר.

תוד"ה כאן במעשר. הקשו התוס' אמאי פשוט לגמ' דאין לא תחסום בפרה הדשה במע"ש הרי אי לא רעך היה פועל אוכל בשל הקדש. ויש לעיין איזה ה"א יש להתיר איסורים לצורך אכילת פועל ואכילת בהמה. ומה שלולא קרא דרעך היה פועל אוכל משל הקדש הובא לעיל דכתב הגר"ח בפ"ח ממעילה דכיון שיש לפועל זכות ממון לאכול בשעת מלאכתו יש מקום להתיר גם בשל הקדש דאיסור מעילה בהקדש הוא דין של גזילת הקדש וכשיש זכות אין זה גזילה ושרי. וזה שייך רק לענין אכילת פועל ולא באכילת בהמה שאינה זכות ממון אלא איסור על הבעלים דאפי' בבהמה שלו יש איסור חסימה. וא"כ קשה אמאי בעינן קרא דדישו ללמד שאין בהמה אוכלת בשל הקדש. החזו"א במעילה ס' ל"ח סק"ה מבאר מה שצריך פסוק ללמד שאין פועל אוכל בשל הקדש באופן אחר מהגר"ח, דהגר"ח כתב דס"ד כיון שיש זכות ממון אין מעילה דמעילה הוא גזילת הקדש, והחזו"א כתב דס"ד דכיון שיש זכות ממון ההקדש מתחלל על שכר הפועל. ומקשה החזו"א דזה ניהא באכילת פועל שהוא זכות ממון אבל בבהמה קשה ל"ל קרא שאין בהמה אוכלת בשל הקדש. ותי' החזו"א דאמנם שורש הלאו דחסימה הוא איסור ולא זכות ממון, מ"מ ע"י האיסור נוצר חוב ממון דהמשכיר משכיר ע"ד שהבהמה תאכל בשעת דיתה ואכילה זו היא בכלל חוב מזונות של השוכר, כמבואר לקמן צ"א. משעת משיכה איחייב לה במזונותיה. וגם חיוב זה הוא סיבה להתיר לאכול בשל הקדש שהקדש מתחלל על חיוב זה, או לפי דרכו של הגר"ח חוב זה גורם שלא יהיה מעילה כיון שיש לו זכות ממון על הקדש. אך דברי החזו"א בזה לכאורה צ"ב דמה שיש חוב ממון מכח לאו דחסימה הוא רק אחרי שמחליטים שיש איסור חסימה אבל אי אמרינן דאין ה"א להתיר מעילה בהקדש מחמת הלאו של לא תחסום א"כ ליכא איסור חסימה בשל הקדש וממילא לא יהיה בזה חיוב ממון. והחוב ממון הוא בתולדה מאיסור חסימה ולא יכול להיות סיבה לאיסור, וצ"ע.

כל זה לענין הקדש אבל דברי התוס' כאן דאיירי לענין מע"ש אינו מובן אמאי היה ה"א להתיר להאכיל מע"ש לבהמה בשעת דישא הרי מע"ש בודאי אינו ענין של גזל אלא איסורא בעלמא ואין נתיר איסור משום לאו דחסימה, ומה התוס' מדמים מע"ש להקדש. וכתב בזה החזו"א שם שבכל דישא של מע"ש איכא חסרונות שמעט מן התבואה הולך לאיבוד ומתפזר ברוח, ואין בזה משום הפסד מע"ש דכן הוא דרך שימוש, וס"ד דכיון שדרך הבהמה לאכול בשעת דישא מחמת לאו דלא תחסום גם זה נחשב כחסרון טבעי ואינו בכלל הפסד מע"ש. ולכן צריך לימוד שאין התר שתאכל הבהמה בשעת דישא מע"ש. ועוד כתב החזו"א שעל דרך זה י"ל גם לגבי מה שצריך פסוק למעט שאין לא תחסום בהקדש.

נמצא דלולא קרא היה מותר לפועל לאכול בשל הקדש ולבהמה לאכול בשל הקדש ולבהמה לאכול מע"ש. לענין פועל בהקדש לגר"ח הה"א להתיר הוא מפני שיש זכות ממון ואינו גזל. לחזו"א ס"ד שיתחלל הקדש על החיוב שיש לפועל. בבהמה בהקדש הה"א להתיר אף שאינו זכות ממון דע"י האיסור נוצר דין ממון, א"נ דס"ד דחשיב כהפסד טבעי. לגבי מע"ש ס"ד דהרי כהפסד טבעי שאינו בכלל הפסד מע"ש.

כאן במעשר של דמאי. מבואר שיש מציאות של דמאי לפני מירוח ויש לעיין דלכאורה המצב של רוב ע"ה מעשרין הוא רק אחרי שנתחייב במעשר ע"י מירוח ואין משכחת דמאי לפני מירוח. עיין מש"כ בזה המקד"ד ס' נ"ה אות ב' ד"ה והנה יש להקשות דהיכא דמוצא פירות שאינם מרוחים מעשרין ודאי שאין הדרך להפריש לפני מירוח ומה שמבואר כאן דשייך דמאי לפני מירוח היינו היכא שאומר הע"ה שהוא מעורר ומן התורה נאמן הע"ה לכן אין זה אלא דמאי.

מהו שיאמר אדם לנכרי חסום פתיו ודוש בה. מספקא לגמ' אי מה שאסרו רבנן אמירה לעכו"ם הוא דוקא בשבת שהוא חמור דהוי איסור סקילה או שיש איסור אמירה לעכו"ם בכל איסורי תורה. ב' טעמים נאמרו בראשונים לאיסור אמירה לעכו"ם. רש"י בע"ז ט"ו. כתב שאסור משום דכתיב ממצוא חפצך ודבר דבר. דהיינו שהאיסור הוא בעצם האמירה. רש"י בשבת קנ"ג. כתב שהאיסור הוא משום שהעכו"ם הוא שלוחו של ישראל. ואף שמדינא אין שליחות לעכו"ם מ"מ רבנן אסרו את האמירה לעכו"ם מפני שמדברנן הוא נחשב כשלוחו. ולטעם זה אין האיסור באמירה אלא מדרבנן מיחסיים את מעשה המלאכה שעשה העכו"ם לישראל מדין שלוחו של אדם כמותו. וכתבו האחרונים [עיין קר"ש ביצה י"ז. אות מ"ט וקה"י ע"ז ס' ח'] שצריך לשני טעמים אלו שהאיסור של אמירה לעכו"ם אינו דוקא כשאומר בשבת אלא ה"ה דאסור לומר לעכו"ם בע"ש שיעשה מלאכה בשבת כמפורש ברמב"ם בפ"ו משבת ה"א וכמו שהוכיחו הראשונים מסוגיא דהכא כמו שיתבאר בס"ד בסמוך. ובזה אין לאסור מקרא דדבר דבר שהדיבור הוא בחול, וע"כ שהאיסור הוא משום שליחות. והיכא שאומר בשבת לעשות מלאכה אחר השבת אין לאסור מטעם שליחות שהמלאכה נעשה בחול, וגם בזה יש איסור אמירה לעכו"ם עיין מ"ב ס' ש"ז סק"ט, וע"כ שהאיסור בזה הוא בעצם הדיבור מקרא דודבר דבר. והיכא שאומר בשבת לעשות אסור מתרי טעמי א. יש איסור בדיבור. ב. משום שליחות. מה שיש צד בגמ' כאן ללמוד איסור אמירה בעלמא משבת הוא מהדין אמירה של ע"ש לעשות בשבת שאיסורו משום שליחות. אבל מהדין אמירה של שבת שהוא משום ודבר דבר פשוט שזה לא קיים בשאר איסורי תורה.

הרא"ש כתב בס' ו' וז"ל מכאן פסק רב סעדיה גאון ז"ל דאסור לאדם שיאמר לנכרי ע"ש הילך מעות וקנה בשבת כך וכך. דהא קחזינן הכא דאע"ג דאינו דש מיד כי אם אחר החסימה היה אסור אם היה איסור סקילה עכ"ל. גם הריטב"א כתב שמה שיש צד ללמוד איסור אמירה לעכו"ם בחסימה משבת הוא מפני שלגבי שבת יש איסור אמירה אפי' כשהאמירה היא בע"ש שהוא שעת התירא. שאם נאמר שהאיסור הוא רק כשהאמירה היא בשעת איסורא לא יהיה איסור אמירה בחסימה שבוה האמירה שהיא לפני הדישה היא שעת התירא. ומה שהיה צד לראשונים לומר שאיסור אמירה היא רק כשאומר בשבת אינו מצד מה שכתבנו לעיל שאולי האיסור הוא רק מכה ודבר דבר וזה שייך רק כשהאמירה היא בשבת. ומזה שיש צד כאן לאסור אמירה גם בשאר איסורים מוכח שיש גם איסור משום שליחות ולכן אסור גם בע"ש. דמבואר בלשונם שלא זה הסיבה שהיה צד להתיר ולא מזה באו לאפוקי. אלא היה צד לומר שאיסור אמירה היא רק בזמן איסורא, דהיינו בשבת כשיש איסור מלאכה יש גם איסור לגרום שיעשה מלאכה ע"י עכו"ם, משא"כ לפני שבת שהוא זמן התירא כשם שיכול בעצמו לעשות מלאכה יכול נמי לומר לעכו"ם שיעשה מלאכה בשבת. וע"ז הביאו ראייה מכאן שהאמירה היא לפני החסימה ובזמן האמירה עדיין אין איסור בדישה ומ"מ יש איסור באמירה, וחזינן שאמירה אסורה אפי' כשהאמירה היא בשעת התירא, ומזה למדו שגם בשבת יש איסור אמירה אפי' בע"ש שהוא זמן התירא.

הרא"ש כתב לדחות ראית רס"ג דע"ש הוא זמן התירא משא"כ הכא כל הזמן הוא זמן איסורא לענין לאו דחסימה. ובין אם האיסור היא החסימה בשעת דישא בין אם האיסור הדישה בפרה חסומה אין זה זמן וגם לפני הדישה והחסימה זה זמן האיסור אלא שהאיסור הוא צירוף של דישא וחסימה. ואין זה דומה כלל לאמירה של ע"ש שהיא לפני זמן איסור מלאכה. גם הנ"י כתב שאין ראייה מכאן לאיסור אמירה בע"ש דהכא אין זה זמן התר. ודברי רס"ג והריטב"א שמדמים אמירה לדוש לפני החסימה לאמירה בזמן התר ולמדו מזה איסור אמירה בע"ש לכאורה אינם מובנים.

הריטב"א אחרי שכתב שהצד ללמוד איסור אמירה בחסימה משבת הוא מאיסור אמירה של ערב שבת שהוא זמן התירא מוסיף הריטב"א שבל"ה מסתבר כן שיש איסור אמירה אפי' בע"ש דהא אפי' בלא אמירה כלל כל שעושה גוי מעצמו לצורך ישראל אסור בין בשבת בין ביו"ט כדאיתא בכמה מקומות. דהיינו מדחזינן שיש איסור במה שעושה העכו"ם בשביל ישראל גם בלי אמירה כלל מוכח שאין האיסור מחמת האמירה אלא האיסור הוא מה שהעכו"ם עושה בשביל ישראל א"כ בודאי שיש איסור גם כשהאמירה היא בע"ש, ומאיסור זה לומדת הגמ' לאיסור אמירה בחסימה. מה שכתב הריטב"א שמצאנו בכמה מקומות שיש איסור במה שהעכו"ם עושה בשביל ישראל אפי' בלי אמירה לכאורה צ"ב היכן מצאנו כן. דמה שמבואר בכמה מקומות שאסור לישראל להנות ממלאכה שנעשה ע"י עכו"ם בשביל ישראל אין ראייה שיש איסור בעצם הדבר שהגוי עושה מלאכה בשביל ישראל, שאפי' אם אין איסור בעצם העשיה מ"מ אסור להנות כדי שלא יאמר לגוי שיעשה בשבילו. ואולי כונת הריטב"א למה דתנן בשבת קכ"א: שנכרי שבא לכבות אין אומרים כבה ואל תכבה. ומבואר בגמ' שמה שאינו צריך לומר לו אל תכבה הוא משום דנכרי אדעתא דנפשיה עבד. ומבואר דלולא שדעת הנכרי אדעתא דנפשיה היה צריך לומר לו אל תכבה אף שלא אמר לו לכבות. א"כ מוכח שיש איסור בעצם הדבר שהעכו"ם עושה מלאכה בשביל ישראל גם בלי אמירה לולא הסברה שאדעתא דנפשיה עבד.

הקה"י בשבת ס' י"ד כתב שמה שלולא סברת אדעתא דנפשיה עבד יש איסור בעצם הדבר שהגוי עושה בשביל ישראל אפי' בלי אמירה הוא דין מיוחד בשבת שכתוב בו לא יעשה דמשמע אפי' ע"י אחר ואין דין זה בשאר איסורי תורה אף לצד שיש

איסור אמירה בכל התורה. ולכאורה נראה שמדברי הריטב"א מוכח שלא כדבריו. שהריטב"א כתב שכל מה שיש צד ללמוד איסור אמירה בחסימה מאיסור אמירה של שבת הוא רק מפני שבשבת יש איסור במה שהעכו"ם עושה בשביל הישראל גם בלי אמירה. אבל אם היה האיסור רק מכח האמירה לא היו יכולים ללמוד חסימה משבת דשאני חסימה שהאמירה היא בזמן התיאור.

בעיקר דברי רס"ג שאוסר לומר לנכרי בע"ש הילך מעות וקנה בשבילי בשבת [דין זה נפסק בשו"ע אור"ח ס' ש"ז סע' ג'] יש לעיין דזה אמירה לעכו"ם על מקח וממכר ואמאי אסור הרי הגוי לא קנה לעצמו אלא לישראל והישראל לא קנה דאין שליחות לעכו"ם, וכיון שלא חל הקנין אין כאן איסור מקח וממכר. ולכאורה יש להוכיח מזה דכיון שאיסור מקח וממכר הוא גזירה שמא יכתוב אין האיסור תלוי בחלות הקנין אלא במעשה הקנין. וכיון שהעכו"ם חושב שקונה בשביל הישראל הרי הוא עושה דבר שאסור לישראל לעשות. ונחלקו בזה רע"א והנתיבות שרע"א בתש" קכ"ט מוכיח שמקח שנעשה בשבת חל, ומקשה רע"א אמאי לא אמרינן בזה כל מילתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני. וכתב רע"א לישב בכמה אופנים ע"ש. וכתב בזה הנתיבות בס' ר"ח סק"ב שמה שבטל חלות שנעשה באיסור משום אי עביד לא מהני הוא רק במקום שהחלות הוא נגד רצון התורה, משא"כ באיסור מקח וממכר אין איסור בחלות אלא במעשה גזירה שמא יכתוב, וגם אם יתבטל החלות אכתי איכא איסור בעשיית המעשה לכן לא שייך בזה אי עביד לא מהני שלא נדויה כלום בביטול החלות. ומבואר דרע"א ס"ל שאם בטל החלות יתבטל האיסור שאין זה מקח וממכר, והנתיבות ס"ל שגם אם יתבטל החלות לא יתבטל האיסור. ומדברי רס"ג לכאורה יש ראייה לנתיבות שגם באופן שלא חל המקח משום דאין שליחות לעכו"ם מ"מ יש בזה איסור מקח וממכר.

אמירה לנכרי שבות ה"מ לענין שבת וכו'. ידוע מה שהקשו האחרונים דמבואר לעיל ע"א. דאיכא שליחות לעכו"ם לחומרא ואמאי צריך להגיע לדין מיוחד של אמירה לנכרי שבות בשבת ת"ל משום דבכל התורה יש שליחות לעכו"ם לחומרא. כתב בזה הבית מאיר בס' ה' ד"ה ס"ד שלגבי שבת שהאיסור מלאכה הוא משום למען ינוח אין לאסור מכח דין שליחות דאין האיסור על מה שנעשה מלאכה אלא על ביטול הלמען ינוח. וכ"כ החת"ס חלק אור"ח ס' פ"ד, והובאו דבריהם בקה"י שבת ס' נ"ה וע"ז ס' ח'. ובה יתישב מה שמקשה הנתיבות בס' שמ"ח סק"ד על התוס' בשבועות ג. דס"ל שבשליחות על מעשה יש שליחות לעכו"ם לדבר עבירה א"כ למה אמירה לעכו"ם בשבת הוא שבות שיהיה אסור מן התורה מדין שליחות. ולפי דברי האחרונים הנ"ל כשם שלא קשה אמאי אינו אסור מדרבנן משום שליחות לעכו"ם לחומרא כך לא קשה שיהיה אסור מן התורה לתוס' בשבועות דבשבת שהאיסור הוא למען ינוח א"א לחייב מדין שליחות. ובשאר איסורים הרי נתבאר דשיטת רש"י שאם האמירה היא לצורך הישראל באמת אסור מן התורה משום שליחות, והכא איירי לצורך הגוי. אך יש לעיין לשאר הראשונים דהכא איירי גם לצורך הישראל אמאי מספקא לגמ' אי ילפינן שאר איסורין משבת או לא, אמנם לית להו הא דהתוס' בשבועות ולא קשה שיהיה שליחות מן התורה, מ"מ אמאי אינו פשוט שיש איסור דרבנן מכח שליחות לעכו"ם לחומרא, ורק בשבת צריך להגיע לדין מיוחד של אמירה לעכו"ם שבות דבשבת אין לאסור משום שליחות אבל בעלמא אמאי אינו פשוט שיש איסור אמירה מכח הדין של שליחות לעכו"ם לחומרא. ועיין בחת"ס בתש" הנ"ל מביא בשם שו"ת הפנ"י שעמד בזה וכתב שהגמ' כאן קאי כמ"ד שאין שליח לדבר עבירה אפי' כשהשליח אינו בר חיובא.

אבל חסימה דאיסור לאו. עיין בפמ"ג ס' ש"ז מ"ז סק"ד שאף שבשבת יש איסור אמירה לעכו"ם אפי' באיסור דרבנן בשאר איסורי תורה אפי' לצד של הגמ' שגם בהם יש איסור אמירה לעכו"ם היינו דוקא באיסור תורה ולא דרבנן. ואפי' באיסור עשה מסתפק הפמ"ג שמא אין איסור אמירה בשאר איסורי תורה שרק בלאו הגמ' מסופקת שמא ילפינן משבת ולא בפחות מלאו.

לענין הלכה כתב הרא"ש בשם הראב"ד שבעיא זו לא איפשטא ואולינן לקולא דאין איסור אמירה לעכו"ם אלא בשבת דהוי איסור סקילה. הרא"ש חולק וס"ל דנפשט לחומרא דשינויא דרב פפא דבני מערבא ס"ל כר' חדקא אינו להלכה דלא קי"ל כר' חדקא ולא מסתבר לומר דכולהו אמוראי דהכא ס"ל כותיה, וכ"כ הנ"י. הרמב"ם פסק בפ"ג משכירות ה"ג דאסור לומר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה. וכתב המ"מ דזו בעיא דלא איפשטא ופסק רבינו דאסור. משמע דס"ל שהרמב"ם מחמיר בזה מספק. וכן דעת הסמ"ג שהובא במל"מ שם וז"ל אמר לגוי חסום פרתי ודוש בה היא בעיא ולא איפשטא הלכך אסור ואינו לוקה עכ"ל. ותמה המל"מ אי ס"ל שנשאר ספק אמאי החמיר הרי אין זה אלא איסור דרבנן וספקו להקל, ורק הרא"ש פסק לחומרא משום דס"ל שנפשט. ורע"א מציין על דברי המל"מ לדברי הראב"ד בפ"א מכלאים ה"ג שגם כתב שהבעיא לא נפשטה ואולינן בה לחומרא. הגאון באבה"ע ס' ה' סקל"ב מביא דברי הראב"ד וכתב שדבריו צ"ע. ולכאורה כונתו כקושיית המל"מ על הסמ"ג דאם זה ספק למה פסק לחומרא הרי זה ספק דדבריהם. או אולי כונת הגאון דדברי הראב"ד בפ"א מכלאים סותרים את מה שכתב הרא"ש בשמו שפסק לקולא מספק.

נמצא ג' שיטות בזה. א. הרא"ש ס"ל דנפשט לחומרא, ויתכן שזה גם דעת הרמב"ם דפסק לחומרא. ב. הרא"ש בשם הראב"ד ס"ל דלא נפשט ואולינן לקולא. ג. הסמ"ג שהובא במל"מ והראב"ד בפ"א מכלאים והמ"מ בדעת הרמב"ם כתבו דלא נפשט ואולינן לחומרא מספק.

רש"י ד"ה חסום. כתב שהספק של הגמ' הוא באומר לעכו"ם חסום פרתי ודוש בה דישה שלך. וכתב הר"ן שמה שרש"י פירש כן הוא משום דאי איירי שאמר לו לדוש דישה של ישראל למה נקט חסום פרתי גם אם יאמר לו לחסום פרתי של הגוי יהיה אסור אם הדישה של ישראל. אלא מדנקט פרתי מוכח דאיירי בדישה של העכו"ם ואז האיסור הוא רק כשהפרה היא של הישראל. וכן מבאר הרש"ש את דברי רש"י. ומבואר בר"ן דס"ל שאם חד צד הוא של הישראל, דהיינו שהפרה היא של הישראל או שהדישה היא של הישראל אסור ואם הכל של העכו"ם מותר. וכן מבואר בני"י ע"ש. המהרש"א כתב שרש"י פירש כן משום דס"ל שהספק הוא רק באופן שאין הישראל נהנה ממלאכת העכו"ם אבל כשאומר לו לחסום בדישה של הישראל פשוט שיש בזה איסור אמירה לעכו"ם כיון שנהנה הישראל ממעשה העכו"ם. הלח"מ בפ"ג משכירות ה"ג מפרש דברי רש"י ע"פ מה שלמד מדברי רש"י לעיל דס"ל שאם ישראל אומר לעכו"ם לחסום פרתי ולדוש בה תבואתו של הישראל יש בזה איסור דאורייתא משום שליחות, לכן פרש"י שהספק הוא כשאומר לו לדוש דישה של העכו"ם. אך מקשה הלח"מ דלרש"י קשה מה הגמ' פושטת מהלין תורי וכו' הרי שם העכו"ם עושה בשביל הישראל ולרש"י שם אסור מן התורה. ותי' דהתם שאני דליכא אמירה מפורשת אלא שהגוי עושה בשביל הישראל ובה ליכא שליחות אלא רק איסור דרבנן מדין אמירה לעכו"ם, וכמו שהובא לעיל שגם בלי אמירה איכא איסור דרבנן אם העכו"ם עושה בשביל הישראל.

נמצא ג' דרכים בביאור דברי רש"י אמאי כתב שאומר לו שידוש דישתו. א. לר"ן ולרש"ש לעולם הספק הוא גם בדישת ישראל, אלא שאז הספק הוא גם בפרת העכו"ם ומדנקטו פתי ע"כ איירי בדישת העכו"ם. ב. למחרש"א בדישת ישראל פשוט לגמ' שאסור מדרבנן. ג. ללח"מ בדישת ישראל שיטת רש"י דאסור מן התורה משום שליחות.

תוד"ה חסום פרתי. בתחילה כתבו שהאיסור הוא דוקא כשהאמירה היא שידוש תבואתו של הישראל שהישראל מרויח מן האמירה לעכו"ם, אבל אם אומר לו חסום פרתי ודוש בה תבואתך ליכא איסור כיון שאין הישראל נהנה מן החסימה. והתוס' מודים לאומר לנכרי אכול נבילה דפשוט שאין בזה איסור של אמירה לעכו"ם. וכן כתבו דמותר לישראל לומר לנכרי בשבת הילך בשר ובשל לצורך. וכתבו דיש לדחות דלא דמי לאומר לנכרי לאכול נבילה דהתם מותר לישראל לעשות בידיו מה שאומר לנכרי לעשות, שהרי יכול להאכיל לנכרי נבילה לכן יכול ג"כ לומר לו שיאכל נבילה. משא"כ כשאומר לנכרי לבשל בשבילו או לחסום פרתו ולדוש בה תבואתו זה אמירה על דבר שאסור לישראל לעשות. וזה כשיטת רש"י שיש איסור גם כשהגוי עושה לצורכו. השיטמ"ק בשם הרשב"א והראב"ד וכן הריטב"א בשם הרמב"ן חולקים וס"ל כתחילת דברי התוס' שהאיסור הוא רק כשהאמירה היא לצורך הישראל.

מה שכתבו התוס' לחלק בין אכול נבילה שמותר לומר לגוי משום שמותר להאכיל לגוי נבילה משא"כ בשל לצורך אסור משום שאסור לבשל לצורך גוי לכאורה צ"ב, דאמנם אסור לישראל לבשל לגוי אבל כשאומר לגוי לבשל לעצמו אינו אומר לגוי לעשות מעשה בישול של ישראל אלא מעשה בישול של עכו"ם, וכמו שבאכול נבילה המעשה אכילה הוא מעשה של עכו"ם כך בבשל הבישול הוא מעשה של עכו"ם, וכמו שמותר לישראל להאכיל עכו"ם נבילה כך מותר לו לגרום בישול של עכו"ם. ואמאי לגבי אכילה דנים את האמירה כאמירה על דבר המותר כיון שאומר לגוי לאכול ולגבי בישול רואים את זה כאמירה על דבר האסור מפני שאסור לישראל לעשות את מה שאומר לגוי לעשות הרי לישראל אסור אכילה כמו שאסור בישול ולגוי שניהם מותרים. ונראה שמה"ט לא ניהא לחולקים סברת התוס'. ומצאנו סברא זו שאמירה לגוי לבשל נחשב אמירה על דבר המותר כיון שזה מעשה בישול של הגוי בדברי הנתיבות בס' שמ"ח סק"ד דהובא לעיל שהנתיבות מקשה על התוס' בשבועות שיש שליחות לעכו"ם על מעשה מן התורה אפי' בדבר עביה אמאי אין אמירה לעכו"ם אסור בשבת מן התורה מדין שליחות. [וכתבנו לעיל שלדברי הב"מ והחת"ס לא קשיא]. ותי' הנתיבות דלא שייך לאסור בשבת מדין שליחות שאם אומר לעכו"ם לבשל בשבת אין זה שליחות על דבר האסור שבישול של עכו"ם מותרת. ורק כשכהן אומר לישראל לקדש לו גרושה שנעשה ע"י השליחות קידושי כהן לגרושה, או כשאומר אקפי לי גדול שנעשה ע"י השליחות הקפה של ישראל יש איסור על המשלח. אבל כשאומר לעכו"ם לעשות מלאכה בשבת נעשה מלאכת עכו"ם שהיא מלאכת התר ובה אין האיסור אלא משום שבות. וצ"ב מה סברת התוס' לחלק בזה בין אכול נבילה לבשל לצורך.

הראב"ד אחר שכתב שגוי הדש בפרתו של ישראל אינו עובר משום כל תחוסם כגון שאמר לו ישראל חסום פרתי ודוש בה תבואתי מוסיף הראב"ד וז"ל ואינו עובר הישראל דגוי אדעתא דנפשיה קא עביד ולא שליחותיה עביד עכ"ל. כונת הראב"ד שמה שאינו אסור אלא משום אמירה לעכו"ם שבות ולא מן התורה משום שליחות הוא משום דעכו"ם אינו עושה מחמת אמירת הישראל אלא על דעת עצמו. ומבואר דס"ל בזה כמשי"כ הלח"מ בדעת רש"י שאילו היה העכו"ם עושה מחמת אמירת הישראל היה בזה איסור תורה משום שליחות, אלא דרש"י ס"ל כן אליבא דאמת. ומה שאסור מדרבנן הוא רק כשדש תבואת העכו"ם, והראב"ד ס"ל דאין בזה משום שליחות כיון שעושה אדעתא דנפשיה ולולא זה היה בזה איסור דאורייתא מדין שליחות. ומה דאיתא בהמשך דברי הראב"ד דישאל דא"ל לגוי חסום פרתי ודוש בה תבואתי עובר בלא תחוסם דאיהו קא עביד איסורא וכו' הוא ט"ס וצ"ל ישראל דאמר ליה גוי ולא לגוי, דאיירי שגוי אמר לישראל שידוש לצורך הגוי, בזה הישראל עובר בלא תחוסם מן התורה אף שדש פרת גוי לצורך גוי כיון שהוא עושה את מעשה הדישה.

בשו"ע או"ח ס' ש"ז סע' כ"א נפסק כמסקנת התוס' דאסור לומר לעכו"ם הילך בשר ובשל לצורך. אמנם מבואר בנ"י כאן דהיינו דוקא כשהישראל נותן לגוי בשר של הישראל אבל מותר לומר לגוי בשל בשר שלך לצורך. וכן פסק המ"ב שם סקע"ג. וכן בחסימה האיסור הוא כשהפרה היא של הישראל והדישה של עכו"ם או שהפרה של עכו"ם והדישה של ישראל, אבל אם הכל של העכו"ם שרי. הש"ך ביו"ד בחלק השני של ס' רצ"ד סק"ד כתב שמדברי התוס' כאן משמע שגם בכה"ג שהכל של העכו"ם אסור. ואח"כ כתב שאפשר לכוין גם בדברי התוס' כנ"י. ויש לעיין דלכאורה מסוף דברי התוס' מוכח דלא ס"ל כנ"י, שרצו להביא ראיה להתיר אמירה לצורך העכו"ם מהא דמותר לומר לעכו"ם בשביעית חרוש בה טבאות, והתם הכל של העכו"ם.

סברת הנ"י דאף שאסור אמירה גם לצורך העכו"ם מ"מ זה רק כשהבשר הוא של הישראל צ"ב מה מוסיף מה שהבשר הוא של הישראל הרי גם אם אין הבשר של הישראל הוא אומר לעכו"ם לעשות דבר שאסור לישראל לעשות, ומה שאין הישראל נהנה מזה אינו סיבה להתיר דא"כ יהיה מותר גם בבשר של הישראל כיון שהבישול הוא לצורך הגוי. ונראה דאף דלא בעינן שיהנה הישראל מן המלאכה מ"מ בעינן שיעשה המלאכה מחמת האמירה של הישראל. וכשהבישול נעשה לצורך הישראל הרי זה נעשה מחמת אמירתו של הישראל ואז אסור אפי' אם הבשר של הגוי, אבל אם אין הבישול בשביל הישראל אלא בשביל הגוי מה שגורם שהבישול הוא מכח אמירת הישראל הוא מה שהבשר הוא של הישראל ואין העכו"ם יכול לעשות בו מלאכה בלי רשותו של הישראל, א"כ עשייתו הוא מכח הישראל. משא"כ כשאומר לישראל לגוי בשל בשר שלך לצורך אין הגוי עושה מכח אמירת הישראל שהרי הכל שלו ויכול לבשל לעצמו בלי שיאמר לו הישראל, ובה אין אמירת הישראל אלא עצה בעלמא, וכיון שאין העשיה מכח אמירת הישראל אין בזה משום אמירה לעכו"ם.

הרמב"ם בפ"א מכלאים ה"ג כתב שמותר לומר לגוי לזרוע לו כלאי זרעים. והקשה הראב"ד הרי קי"ל דאיכא איסור אמירה לעכו"ם בכל לאו שבתורה ולא רק בשבת כמו שפסק הרמב"ם בעצמו בפ"ג משכירות ה"ג שיש איסור אמירה לעכו"ם בלאו דחסימה. וכתב הכ"מ בשם הר"י קורקוס שהרמב"ם איירי כשהישראל אומר לגוי לזרוע כלאים בשדה של הגוי לצורך הישראל. ומוסיף הגאון ביו"ד ס' רצ"ז סע' ד' ובאו"ח ס' ש"ז סע' כ"א שהרמב"ם למד כן מגמ' דידן דס"ל דאיירי הכא שאומר לגוי לדוש תבואתו של הישראל לצורך הישראל ואעפ"כ האיסור הוא רק מפני שזה פרתו של הישראל כלשון הגמ' חסום פרתי. משמע שאם הפרה היא של הגוי מותר לומר לו לדוש תבואתו של הישראל בשביל הישראל. ומזה למד שאם אומר לגוי לזרוע שדהו שרי אפי' שזורע בשביל הישראל. והובא לעיל שכתבו הראשונים שמה שהכריח את רש"י לפרש דאיירי בתבואה של הגוי הוא משום שהיה קשה לו למה נקט פרתי, והרמב"ם למד מזה שכפרה של הגוי מותר אפי' לצורך הישראל. ולעיל הובא שהנ"י

כתב דאף שאסור אמירה אפי' לצורך הגוי מ"מ אם הגוי עושה בשלו מותר, זה הכל כשהמלאכה היא לצורך הגוי אבל אם המלאכה לצורך הישראל אסור כמבואר במ"ב בס' ש"ז סקע"ג. והרמב"ם ס"ל שאם הגוי עושה בשלו מותר לומר לו לעשות מלאכה אפי' אם עושה בשביל הישראל.

ישב לה קוץ בפיה מהו. כתב הריטב"א וז"ל ובעיני לא איפשיטא ואיסורא דאורייתא הוא ולחומרא וכו' וכלהו אסור לכתחילה ומיהו לענין תשלומין בדיעבד פטור מלשלם שהמע"ה עכ"ל. מה שכתב הריטב"א שלענין תשלומין אמרינן הממע"ה צ"ב שעיקר איסור חסימה אינו דין ממון אלא איסור שהרי גם בעל הבהמה אסור לחסום בהמתו. ומה שמבואר לקמן שהחסום פרה ודש בה לוקה ומשלם אין חיוב הממון מפרשת חסימה אלא כיון ששכר את הבהמה כדי לדוש בה ואסור לחסום בשעת דישא, והשכירות הוא על דעת לנהוג כדין, א"כ כלול בחיובו של השוכר להניח לבהמה לאכול בשעת דישא, ואכילה זו בכלל חיוב המזונות שמתחייב השוכר. וכן מבואר בגמ' לקמן שאין בזה דין של אין לוקה ומשלם משום דמשעת משיכה איחייב במזונותיה. מבואר שאין חיוב זה חל בשעת דישא אלא בשעת משיכת הבהמה. וזה מפני שאין החיוב מפרשת חסימה אלא בכלל התחייבות השוכר לזון את בהמת המשכיר. וא"כ לכאורה אין נ"מ בין אם האיסור לחסום הוא מדין ודאי או מחמת ספק דסו"ס אסור לחסום והשכירות הוא ע"ד שיעשה כדין וא"כ גם כשאסור לחסום מחמת ספק צריך להיות חיוב תשלומין ואמאי כתב הריטב"א שאם האיסור חסימה הוא מחמת ספק אינו משלם.

בשו"ע בס' של"ח סע' ו' נפסק שאסור לומר לעכו"ם לחסום פרתו וכן אם ישב לה קוץ או רבץ לה ארי מבחוץ ודש בה אסור ואינו לוקה. וכתב הסמ"ע בסקי"ב שהמחבר כלל בסע' אחד אמירה לעכו"ם אף שנפשט לחומרא ואסור מדין ודאי עם שאר הספיקות שאינם אסורים אלא מספק משום שדינם שוה, שבכולם אסור לחסום ואם הבהמה היתה שכורה וחסמה באופנים אלו חייב לשלם דמשעת משיכה איחייב במזונותיה. הרי דפשיטא ליה לסמ"ע שגם כשהאיסור לחסום הוא מחמת ספק הוא חייב לשלם. ומביא ע"ז הסמ"ע את מה שאמר בגמ' משעת משיכה איחייב במזונותיה דהתם חזינן שהחיוב אינו מפרשת חסימה אלא התחייבות שמתחייב השוכר ולענין זה אין נ"מ בין אם האיסור לחסום הוא ודאי או ספק. וכן מבואר בדברי הבי"ח שהובאו בש"ך סק"ב שגם בספיקות משלם. וזה דלא כתרומת הכרי על הש"ך סק"ב שכתב שבמקום שאיסור החסימה הוא מכח ספק אינו משלם.

נמצא דהיכא דאסור לחסום מספק מבואר בריטב"א ובתרה"כ דאינו משלם מספק, והסמ"ע והבי"ח ס"ל דמשלם. וצריך להבין סברת הריטב"א והתרה"כ מה נ"מ אם האיסור לחסום הוא מדין ודאי או מדין ספק הרי הוא שכוך את הבהמה על דעת שלא יחסום א"כ מזונות אלו הם בכלל חיוב המזונות של השוכר וצ"ע. ועיין לקמן צ"א. ששאלנו כעין זה על דברי הראב"ד שם וכן על דברי התוס' במכות ד.

תוד"ה ישב לה קוץ. כתבו התוס' שאין הספק מפני שלא היה מעשה חסימה אלא נחסמה מעצמה דקי"ל בסמוך דלא תדוש בחסימה, דהיינו שהאיסור הוא הדישה בבהמה חסומה ולא בעינן מעשה חסימה, אלא הספק הוא משום דיש צד לומר שישב לה קוץ אין זה חסימה כלל אלא דמי לחלתה. הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ב כתב אחד החוסם אותה בשעת מלאכה אחד החוסם אותה מקודם ועשה בה מלאכה והיא חסומה. ומקשה האבה"א שם אמאי לא כתב הרמב"ם רבואת טפי שאפי' לא חסמה כלל אלא נחסמה מעצמה והוא דש בה כשהיתה חסומה שלוקה על מה שדש בבהמה חסומה. וכתב האבה"א שהרמב"ם חולק על התוס' וס"ל דאע"ג דקי"ל לא תדוש בחסומה אין הכוונה דלא בעינן מעשה חסימה כלל אלא שלא בעינן מעשה חסימה בשעה שהיא דשה וסגי בזה שהיה מעשה חסימה לפני שדשה. אבל יש צד לומר שבלי מעשה חסימה כלל אינו לוקה. וזה גופא הספק של הגמ' בישב לה קוץ ורבץ לה ארי מבחוץ, אם חייבים על הדישה בבהמה חסומה אף שלא היה שום מעשה חסימה או דלמא בעינן דישא בבהמה שנעשה בה מעשה חסימה.

לא תדוש בחסימה. לכאורה מבואר בגמ' שאין האיסור במעשה החסימה אלא בדישה בבהמה חסומה. אמנם בלשון הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ב שכתב כל המונע הבהמה מלאכול בשעת מלאכה לוקה, וכן הוא לשון השו"ע בס' של"ח סע' ב', משמע שיש איסור במעשה החסימה. ואף למה שכתב האבה"א שהובא לעיל שלרמב"ם יש צד לומר דבעינן שידוש בבהמה שנעשה בה מעשה חסימה אין זה אלא ספק וכאן מבואר שלוקה על מה שמונע את הבהמה מלאכול. ונראה מזה שמה שמבואר כאן שהאיסור הוא מה שדש בחסימה היינו רק שיש איסור גם על הדישה כשהיא כבר חסומה אבל ה"ה שיש איסור במעשה החסימה כשחוסם בשעת דישא כפשטות לשון הפסוק לא תחסום שור בדישו. והכל בכלל הלאו גם הדישה בחסומה וגם החסימה בשעת דישא. וכן מוכח מדברי רש"י בסמוך על הא דחסמה בקול שנחלקו ר"י ור"ל אם עקימת פיו הוי מעשה ולוקה או שאינו מעשה ואינו לוקה, ומוכח דאיסור איכא לכו"ע אלא שלר"ל אינו לוקה משום דהוי לאו שאין בו מעשה. ופרש"י חסמה בקול כשהיתה שוחה לאכול היה גוער בה. משמע שהדישה לא היתה ע"י קול אלא שמנע אותה מלאכול ע"י קול. ואי נימא שהאיסור אינו החסימה אלא רק הדישה בפרה חסומה א"כ תלוי אם יש מעשה בדישה או לא ואין נ"מ אם היה מעשה בחסימה או לא. אלא מוכח כנ"ל דודאי איכא איסור במעשה החסימה כשחוסם בשעת דישא ואין זה סתירה למה שמבואר בגמ' שלא תדוש בחסומה אמר רחמנא דהיינו רק שגם בזה יש איסור אבל לעולם החסימה בשעת דישא גם אסורה. ולרש"י איירי הכא שהבהמה דשה מעצמה בלי מעשה, ובזה בעינן מעשה בחסימה כדי ללקות על החסימה בשעת דישא ולענין זה נחלקו ר"י ור"ל אי החסימה בקול הוי מעשה או לא.

התוס' שאנן שמוכא בשיטמ"ק כאן כתב על הגמ' של חסמה בקול וז"ל הוי ליה למינקט דש בשעת חסימה בקול אלא שם המצוה נקט דהיינו שם המצוה דכתיב לא תחסום עכ"ל. דהיינו שקשיא ליה אמאי נקט חסמה בקול הרי האיסור הוא הדישה ולא החסימה כמבואר לעיל דלא תדוש בחסומה אמר רחמנא וא"כ בעינן מעשה בדישה ולא בחסימה. וכתב דלשון הגמ' לאו דוקא אלא נקט לישנא דקרא דלא תחסום וכונת הגמ' שהדישה היתה ע"י קול ולא החסימה. ומדהוצרך לפרש כן ולא כפשטות לשון הגמ' שהחסימה היתה ע"י קול משמע דס"ל שהאיסור הוא הדישה בחסומה ולא החסימה בשעת דישא, ובעינן שהמעשה יהיה דוקא בדישה ולא בחסימה. ובשיטה בשם רבינו יהונתן כתב ב' פשטים בזה. בתחילה כתב כרש"י שהחסימה היתה בקול א"נ שהדישה היתה ע"י קול. ולכאורה נראה שנחלקו בזה התוס' כאן והתוס' בשבועות שהתוס' כאן כתבו בד"ה ר"י שמה שר"י סובר שעקימת פיו הוי מעשה הוא משום דהכא בדיבוריה קעביד מעשה שהולכת ודשה בלא אכילה נהרש"ש מבאר שהולכת קאי על מנהיג בכלאים, ודשה בלא אכילה קאי על חסימה. משמע שהדישה היה ע"י קול ולא החסימה, וזה כדברי התוס'.

שאנץ. והתוס' בשבועות כ"א. בד"ה חוץ כתבו דהוי דיבורא דעביד מעשה מפני שהבהמה נמנעת על ידו מלאכול, וזה כשיטת רש"י.

נמצא שלרש"י הרמב"ם והתוס' בשבועות כ"א שיש איסור בדישה בחסומה כך יש איסור כשחוסם בשעת דישה, ואם לא היה מעשה בדישה אלא בחסימה בשעת דישה זה נחשב לאו שיש בו מעשה ולוקה. ולתוס' כאן והתוס' שאנץ האיסור הוא בדישה דוקא ולא בחסימה ובעינין שיהיה מעשה בדישה.

החוסם את הפרה והמזווג בכלאים פטור. כתב הריטב"א דפטור ממלקות אבל איסור דרבנן איכא, דהיינו אם בא אחר ודש אחר שהראשון חסם או בא אחר והנהיג אחרי שהראשון זווג השני לוקה והראשון פטור ואסור מדרבנן. והדברים מחודשים דעד כאן לא אמרין דשנים שעשו יחד שכ"א פטור אבל אסור אלא כשכ"א עשה חלק מן האיסור כגון בהוצאה בשבת שזה עוקר וזה מניח. אבל הכא החסימה בלי דישה אינה אפי' חלק מן האיסור. ולא יועיל בזה מה שכתבנו לעיל שיש איסור גם במעשה חסימה, דזה דוקא כשחוסם בשעה שהיא דשה. ועוד שהריטב"א כתב כן גם במזווג בכלאים ושם בודאי שהאיסור הוא רק ההנהגה ולא מה שמזווג, והמזווג בלי להנהיג לא עשה שום איסור ולא חלק מאיסור ואמאי אסור מדרבנן.

אמנם מצאנו כיצ"ב דתניא בביצה ל"ד. אחד מביא את האור ואחד מביא את העצים ואחד שופת את הקדירה ואחד נותן את התבלין ואחד מגיס כולם חייבים. והתניא האחרון חייב וכולם פטורים. לא קשיא הא דאיתי אור מעיקרא הא דאיתי אור לבסוף. וכתב הח"א בכלל ס"ט סע' ט"ז דכיון דתני קולם פטורים משמע דאיסור דרבנן איכא על הראשונים גם כשהביאו את האור בסוף. ומזה למד הח"א שכשיש צורך לבשל בשבת לחולה ע"י עכורים יניח העכורים את התבשיל בקדירה ולא הישראל, דאף שמניח בקדירה כשהיא עדיין אינה על האש מ"מ איכא איסור דרבנן. והובאו דבריו במ"ב ס' שכ"ח סקנ"ח. והמקור לחידושו של הח"א הוא מדברי התה"ד ס' ס"ו והובא בכ"י באו"ח ס' תנ"ג וברמ"א שם סע' ה', וע"ש במג"א סקמ"א ובמ"ב סק"ק. ומבואר דאיכא איסור דרבנן בהכנסת התבשיל לקדירה אף שאינה על האש ואין בפעולה זו שום חלק ממלאכה מ"מ כיון שזה מסייע לפעולת הבישול שנעשה אח"כ יש בו איסור מדרבנן וה"ה כאן במזווג בכלאים או חוסם פרה אף שלא עשה שום חלק מהאיסור מ"מ איכא איסור דרבנן.

אתמר חסמה בקול. ידועים דברי החינוך במצ' שד"מ שמ"ה שמ"ו ועוד הרבה מקומות שכל לאו שאפשר לעבור עליו בלי מעשה אין לוקין עליו אפי' אם עבר ע"י מעשה. ויש לעיין מדברי ר"ל דס"ל הכא שחסמה בקול אינו נחשב מעשה א"כ אפשר לעבור על לאו זה בלי מעשה ואעפ"כ כשחוסם ע"י מעשה הוא לוקה. ועיין במג"ח במצ' ל"ז אות ב' שכתב שקשה על החינוך מחסימה כמו שביאר במצ' של חסימה. ונר' שכוונתו לשאלה זו אך לא מצאתי במצ' של חסימה מצ' תקצ"ו שעמד בזה. השע"מ בפ"א מחמץ ה"ג מקשה על החינוך משבועת ביטוי להבא שאם נשבע שיאכל ולא אכל אינו לוקה מפני שאין בו מעשה ואם נשבע שלא יאכל ואכל לוקה מפני שיש בו מעשה. ומוכח שאפי' שאפשר לעבור על לאו זה בלי מעשה מ"מ כשעובר עם מעשה לוקה. וכתב שהחינוך איירי רק כשכפועל יש אפשרות לעבור בלי מעשה והוא עשה מעשה, בזה אין המעשה מעשה של איסור שהרי יכול לעבור גם בלי המעשה. אבל היכא שאין אפשרות לעבור בלי מעשה כגון שנשבע שלא יאכל ואכל מודה החינוך שלוקה אף שאם היה נשבע שיאכל היה עובר על לאו זה בלי מעשה. אך תי' זה אינו מישב מה שקשה על החינוך מכאן דמשמע שרק בחסמה בקול אינו לוקה לר"ל אבל אם יעשה מעשה ילקה. ואמאי לוקה הרי יכול לחסום בלי מעשה ע"י קול. ודוחק לומר שלוקה כשחוסם ע"י מעשה רק כשאין אפשרות לחסום בקול.

הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ב פסק כר"י דחסמה בקול לוקה דדיבורא דעביד על ידו מעשה הוי מעשה. ומקשה המ"מ דבתמורה ג': על הא דכל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע ומימר ומקלל אמר ר"י לא תיתני מימר דדיבוריה קעביד מעשה. וזה ר"י לשיטתו דס"ל שדיבור שנעשה על ידו מעשה חשיב מעשה. וקשה שהרמב"ם פסק הכא כר"י ואעפ"כ כתב בפ"ח מסנהדרין ה"ב שכל לאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו חוץ מנשבע ומימר ומקלל, הרי דס"ל שמימר אינו מעשה אף שדיבוריה קעביד מעשה. וכתב ע"ז המ"מ וז"ל ואפשר היה לי לומר שכל לאו שאי אפשר בו מעשה אלא דיבור שאין הדיבור קרוי מעשה, אבל חסימה כיון שישנה במעשה גמור אף החסימה בקול היא כמעשה עכ"ל. ומסיים המ"מ וצריך להתישב בזה בסוגיות התלמוד. האחרונים פשו דברי המ"מ דס"ל שכל מקום שאפשר לעבור ע"י מעשה גם אם במקרה לא עשה מעשה הוא לוקה ולכן סובר ר"י כאן שלוקה ע"י דיבור כיון שאפשר לעבור ע"י מעשה גמור. ורק כשתמיד עוברים בלי מעשה ליכא מלקות. וזה הפך סברת החינוך הנ"ל. והמניח בכל המקומות שמוכיר דברי החינוך מביא שבמ"מ מבואר איפכא מהחינוך, שהחינוך ס"ל שאם אפשר לעבור בלי מעשה גם אם עבר ע"י מעשה אינו לוקה, והמ"מ כתב שאם אפשר לעבור ע"י מעשה גם אם עבר בלי מעשה הוא לוקה. ויוצא לדברי המ"מ שהרמב"ם חולק על תוס' וס"ל שגם דיבור דקעביד מעשה אינו נחשב מעשה ולכן מימר אינו מעשה ורק בחסימה חייבים על הקול משום שאפשר לחסום ע"י מעשה גמור.

השע"מ גם כתב בסד"ה איברא שדברי המ"מ הם איפכא מדברי החינוך. וכן נקטו הנוב"י תנינא או"ח ס' ע"ו והערות לנר יבמות פ"ד: ד"ה אי. וכן מוכח בדברי המל"מ בפ"ד ממלוה ה"ו ד"ה והנה שהמל"מ מביא ראשונים דס"ל דעדי מלוה בריבית שעוברים על לאו דלא תשימון עליו נשך לוקים. וקשה דהוי לאו שאין בו מעשה. וכתב המל"מ לישב ע"פ דברי המ"מ דכיון שיכולים לעבור ע"י מעשה, כשחותמים על שטר שיש בו ריבית, הם לוקים גם כשהעידו בע"פ ולא עשו מעשה. ומבואר שמפרש דברי המ"מ כשאר האחרונים דס"ל שבכל מקום שיש אפשרות לעבור עם מעשה לוקים גם כשעבר בלי מעשה. וכן מבואר בדברי מהר"ב ונשכורג בהגהתו בנזיר י"ז. על תוד"ה אילימא ע"ש.

ולולא דברי כל האחרונים הנ"ל היה נראה שאין זה כונת המ"מ ואין סתירה בין דבריו לדברי החינוך. שדברי המ"מ נאמרו לישב את דברי הרמב"ם שפסק שמימר נחשב לאו שאין בו מעשה הרי דס"ל שגם היכא שדיבורא קעביד מעשה אין הדיבור נחשב מעשה ומאידך פוסק הרמב"ם כר"י דחסמה בקול לוקה. ולדברי האחרונים הנ"ל תי' המ"מ הוא שבתמורה כיון שאין אפשרות של מעשה זה נחשב אין בו מעשה, ובחסימה כיון שיש אפשרות לחסום ע"י מעשה הוא לוקה גם בלי מעשה. ולכאורה אינו מוכן שבגמ' מבואר שטעמו של ר"י הוא משום דס"ל שעקימת פיו הוי מעשה ולא משום שלוקים בלי מעשה. ולכן נראה שכונת המ"מ לומר דכשם שהתוס' כתבו שלפעמים דיבור נחשב מעשה ולפעמים אינו נחשב מעשה, ולתוס' זה תלוי אם בדיבורא קעביד מעשה או לא, הרמב"ם ס"ל דלא סגי במה שדיבורו קעביד מעשה אלא הכלל לרמב"ם הוא שפעולה שבדרך כלל נעשה ע"י מעשה כגון חסימה, כשעושה פעולה זו ע"י דיבור הדיבור משמש במקום מעשה ודיבור כזה נחשב מעשה כיון שהוא עושה דבר שלולא הדיבור היו עושים אותו ע"י מעשה. אבל תמורה הוא דבר שאי אפשר לעשותו ע"י מעשה

אלא רק ע"י דיבור ודיבור כזה אינו במקום מעשה ואין דינו כמעשה. ולעולם מודה המ"מ שבלי מעשה כלל אינו לוקה אף שפעמים שעוברים ע"י מעשה. וניחא מה שר"י מחייב משום דעקימת פיו הוי מעשה. וכן מבואר בלשונו של המ"מ שלא כתב כלל מתי צריך מעשה ומתי לא צריך מעשה אלא מתי דיבור נחשב מעשה ומתי דיבור אינו נחשב מעשה. ועיין בנוב"י הנ"ל שמקשה על המ"מ ב' קושיות, ובסד"ה ומה שהקשה עוד כתב שגם בל"ה יש לדחות דהמ"מ לא קאמר אלא בצירוף שהקול הוי קצת מעשה ע"ש. וזה על דרך שכתבנו אבל לא רק שדברי המ"מ הם בצירוף מעשה קצת של הקול אלא זה עיקר דברי המ"מ שדיבור שבא במקום מעשה ופועל מה שלולא הדיבור היו עושים ע"י מעשה כזה דיבור חשיב כמעשה.

הלח"מ בפ"ה מסנהדרין ה"ב מבאר שיטת הרמב"ם באופן אחר. שהרמב"ם ס"ל כשיטת התוס' דבעינן דיבורא דקעביד מעשה אבל ס"ל שלוקה רק כשהמעשה שנעשה ע"י הדיבור הוא גוף האיסור. כגון בחסימה שמה שמונע את הבהמה מלאכול ע"י דיבור זה מה שהתורה אסרה. וכן בעד זומם שמה שע"י עדותם גמרו דינו של הבעל דין זה מה שאסרה תורה. אבל בתמורה אין האיסור מה שחל קדושה על בהמת חולין אלא האיסור הוא המעשה של עשיית התמורה. והעשיה היא דיבור בעלמא שחלות הקדושה שחל ע"י הדיבור אינו חלק מן האיסור ואין זה נחשב דיבור דקעביד מעשה.

תוד"ה רבי יוחנן. הביאו את דברי הגמ' בסנהדרין דקאמר ר"י שעקימת שפתיו דמגדף לא הוי מעשה משום דישנו בלב. דהיינו שעיקר חיובו הוא על מה שמתכוין בלבו לגדף ואם גידף בפיו ולא היה בלבו כלפי מעלה אינו חייב כמבואר ברש"י שם לכן אין הדיבור נחשב מעשה לגבי זה. ופריך מעד זומם דלא חשיב מעשה אף שאינו תלוי בלב. ומשני שאני ע"ז הואיל וישנו בקול. דהיינו שדיבור אינו נחשב מעשה. ופריך מהא דאמר ר"י חסמה בקול לוקה דעקימת פיו הוי מעשה. ומשני שאני ע"ז הואיל וישנו בראיה. ונחלקו רש"י ותוס' אם לגבי מגדף נשאר למסקנא הטעם של הואיל וישנו בלב או לא. רש"י ס"ל דכיון שהגמ' דוחה את הטעם של ישנו בקול, ומה שע"ז אינו מעשה הוא משום דישנו בראיה וזה לא שייך במגדף ע"כ שלמסקנא הטעם במגדף הוא משום דישנו בלב. והתוס' ס"ל שהגמ' חזרה מהטעם של ישנו בלב אלא הטעם של מגדף למסקנא הוא משום שישנו בקול. ומה שהגמ' חוזרת מטעם זה הוא רק לגבי עד זומם דחשיב דיבורא דקעביד מעשה ורק ע"ז קשה מלא תחסום, ורק בעד זומם צריך להגיע לישנו בראיה, אבל במגדף נשאר הסברא של ישנו בקול דדיבורא דלא קעביד מעשה אינו נחשב מעשה.

בביאור הסברא של ישנו בראיה כתב רש"י בסנהדרין שעיקר חיובו של עד זומם הוא ע"י הראיה שמעידים שראו וראיה לית בה מעשה. ודברי רש"י לכאורה אינם מובנים דבעד זומם ליכא ראיה כלל שע"י ההזמה מתברר שמעולם לא היה ראיה וחיובם אינו על ראיה אלא על העדות והזממה. וכבר תמה הרמב"ן במלחמות בסנהדרין שם על דברי רש"י. הרי"ף שם גורס הואיל וישנו באיה, ומבאר דמה דסבר ר"י דעקימת שפתים הוי מעשה הוא רק בדיבור שצריך הקצת שפתים אבל כשמדבר באותיות הגרוניות שאין בהם הקצת שפתים מודה ר"י שאין דיבור זה נחשב מעשה. וכיון שעד יכול להעיד ע"י דיבור באותיות שאין בהם הקצת שפתים א"כ גם כשמעיד ע"י הקצת שפתים אין זה נחשב מעשה.

הרמב"ן במלחמות בסנהדרין מקשה על פירושו של הרי"ף מחסימה שסובר ר"י לגבי חסמה בקול דעקימת שפתים הוי מעשה ואמאי לא אמרינן הכא כיון שיכול לחסום ע"י דיבור שאין בו הקצת שפתים שאין הדיבור שנחשב מעשה. וכתב הרמב"ן שם, וכן כשיטה כאן בשם הרמב"ן, שהכלל שכתב הרי"ף דהיכא שיכול לעבור ע"י דיבור שאין בו הקצת שפתים, גם כשיש הקצת שפתים אין זה נחשב מעשה, היינו רק לענין קרבן דבעינן תורה אחת לעושה אבל לענין מלקות דנים כל מעשה לעצמו ואם יש הקצת שפתים זה נחשב מעשה ולוקה ואם אין אינו לוקה. גם הראב"ד [הובא כשיטה כאן] עמד בשאלה זו וכתב דלכל בהמה יש נוסח שגוערים בה כמבואר בגמ' דנזהא דתורה הן הן, נזהא דגמלא דא דא, וכן לכל בהמה יש נזהא ידועה ובכולם יש עקימת שפתים. לכן א"א לחסום ע"י דיבור שאין בו עקימת שפתים. ולדברי הראב"ד דברי הרי"ף נאמרו גם לגבי מלקות ולא רק לגבי קרבן.

המנ"ח במצ' ל"ז כתב שדברי הרי"ף לגבי ישנו באיה, דכיון שאפשר לדבר בלי מעשה גם כשמדבר עם מעשה אין זה נחשב מעשה, הם כשיטת החינוך שהובא לעיל שכתב בכמה מקומות דכל היכא שיש אפשרות לעבור בלי מעשה גם כשעושה מעשה אינו לוקה. וזה אמת לשיטת הראב"ד בדעת הרי"ף שדברי הרי"ף נאמרו גם לענין מלקות אבל לרמב"ן דברי הרי"ף נאמרו רק לענין קרבן ולא לגבי מלקות וא"כ אין שיטת הרי"ף כשיטת החינוך. וכבר כתבנו למעלה שיש לעיין בדברי החינוך מדברי ר"ל דס"ל שחסמה בקול אינו לוקה דלא חשיב מעשה ואעפ"כ כשהוסם ע"י מעשה הוא לוקה. ולראב"ד קשה מזה גם על הרי"ף וצ"ע. וע"ע בדברי החינוך והרי"ף והמ"מ בספר דברי יחזקאל ס' כ'.

השיטמ"ק לעיל מ"ג: בד"ה וז"ל תוס' שאנן מביא ראיה דפיגול חל במחשבה ולא כהתוס' שם שכתבו דבעינן דיבור דמבואר בפ"ב דזבחים שפיגול אין בו מעשה ואמאי אין זה מעשה הא קי"ל כר"י דעקימת שפתים הוי מעשה היכא דבדיבורא קעביד מעשה, ובפיגול בדיבורא קעביד מעשה שהרי הקרבן נפסל ע"י דיבור זה, אלא מוכח דסגי במחשבה ולכן אין בזה מעשה. ואף דלא יתכן שילקה על מחשבת לבו דבעינן עדים כונת השיטה דכיון דסגי במחשבה א"כ גם כשעושה מעשה אין זה נחשב מעשה ללקות עליו. ועיין באפיקי ים ס' כ"ד אות ג' שכתב דמבואר בשיטה כשיטת החינוך והרי"ף דכל היכא דאפשר בלי מעשה גם כשעושה מעשה אינו לוקה. ומקשה האפיק"י מתמורה דחשיב דיבורא דקעביד מעשה אף שהקדש חל במחשבה. ומסתפק האפיק"י אם גם תמורה שהוא מעשה איסור חל ע"י מחשבה או לא ע"ש.

תוד"ה ר"ל. הקשו דלר"ל משכחת לאו דלא תחסום בלי מעשה כגון שחסמה בקול, א"כ איך ילפינן דלאו שאין בו מעשה אין לוקין עליו משום דבעינן דומיא דלאו דחסימה הרי לא תחסום גופא פעמים שאין בו מעשה. ומשמע דלר"י לא קשיא להו. ומוכח דס"ל שלר"י שחסמה בקול הוא מעשה אין מציאות של חסימה בלי מעשה. ולדברי הרי"ף מה שאמר ר"י דעקימת פיו הוי מעשה הוא דוקא במילים שיש בהם הקצת שפתים. ולדבריו גם לר"י משכחת לה לאו דחסימה בלי מעשה. ומוכח בתוס' או שס"ל שכל דיבור הוי מעשה גם כשמדבר באותיות הגרוניות או דס"ל כראב"ד שנזהא דכולהו בהמות הם בדיבור שיש בו הקצת שפתים.

לוקה ומשלם ד' קבין לפרה. מבואר דאף שלא דלא תחסום אינו דין ממוני אלא דין איסור, שאפי' בבהמתו יש איסור חסימה, ומה"ט אין דין זה נוהג בעכו"ם כמבואר לעיל דנכרי הדש בפרתו של ישראל אינו עובר בלא תחסום, כמו שביאר כל זה הגר"ח זצ"ל בפ"ח ממעילה, וכדמוכח ממה שמבואר בסמוך שחיוב זה חל בשעת משיכה ולא בשעת חסימה, מ"מ

כתוצאה מאיסור זה נוצר חיוב ממון בשוכר פרה מחברו, דכיון ששוכר ע"ד שתאכל בשעת דישא כלול אכילה זו בחיוב מזונות של השוכר. ויש לעיין בזה בדברי השיטה בד"ה וז"ל הראב"ד שיש ראשונים שפרשו הא דאמרו בסמוך אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו והפטור של קלב"מ הוא רק בחיוב שהתורה מחייבת אבל מה שאדם מחייב את עצמו אין בו פטור של קלב"מ. וכתב ע"ז הראב"ד וז"ל והאי פירושא לא מסתאגי ליה הכא לגבי תשלומי הפרה והחמור דהא איהו לא אתני בהדיה ולא מידי עכ"ל. ואינו מובן דהכא אין זה חיוב שהתורה מחייבת דבלאו דחסימה לא נאמר חיוב ממון כלל אלא האיסור גורם שכלול בתנאי השכירות חיוב מזונות על מה שרגילה לאכול בשעת דישא, וזה חיוב שהשוכר מחייב את עצמו ומה מקשה הראב"ד. וכעין זה שאלנו לעיל צ: על דברי הריטב"א שכתב דהיכא דאיכא ספק אם מותר לחסום או לא לגבי האיסור אמרינן ספק דאורייתא לחומרא ולגבי הממון אמרינן ספק ממונא לקולא. וקשה כיון שהחיוב ממון הוא מתנאי השכירות ולא חיוב שהתורה מחייבת מה נ"מ אם אסור לחסום מדין ודאי או מחמת ספק וצ"ע. ועל דרך זה יש לעיין גם בדברי התוס' במכות ד. כמו שיבואר בסמוך בס"ד.

הא מני ר"מ. התוס' במכות ד. מקשים דטעמו של ר"מ שלוקה ומשלם הוא משום שלא השם המביאו לידי מלקות מביאו לידי תשלומין וזה לא שייך הכא בחסימה שהכל בא על שם אחד. וכתב בזה הרמב"ן כאן דהכא נמי שני שמות הם שאינו משלם אלא משום והשיב את הגזילה אשר גזל שאע"פ שאילו לא נכתב לא תחסום לא היה כאן תשלומין מ"מ כשנכתב נמי אין כאן תשלומין אלא משום והשיב את הגזילה הילכך לא השם המביאו לידי מלקות מביאו לידי תשלומין. וזה כמו שנתבאר לעיל שאין חיוב הממון מעיקר דינא דלא תחסום אלא שהלאו גורם שזה בכלל חיוב מזונות. וצריך להבין דברי התוס' במכות אמאי קשיא להו ולא ס"ל כתי' הרמב"ן. ולכאורה מבואר בדבריהם שחיוב הממון הוא מקרא דלא תחסום וזה כדמשמע בראב"ד ובריטב"א שהובאו לעיל וצ"ע.

ואולי יש קצת לישב ע"פ מה דאיתא בשיטמ"ק בשם תר"פ שמקשה אמאי משלם ד' קבין לפרה הא אי בעי הוה מתיב קמה פקיעי עמיר וגם אם לא היה חוסם לא היתה אוכלת אלא מעט. ותי' דכיון דחסימה ועבד איסורא קנסוהו שישלם כל מה שהדרך לאכול בשעת דישא. ולדבריו אף שיסוד החיוב הוא חיוב שהשוכר מקבל על עצמו מ"מ השיעור של ד' קבין הוא קנס שקנסו חכמים משום שחסם באיסור וחלק זה של החיוב אינו חיוב שהוא חייב את עצמו ועל חלק זה מקשה הראב"ד שיהיה פטור של קלב"מ. וכן חיוב זה הוא מכח לאו דלא תחסום והוי שם אחד.

אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו. רש"י מפרש דמהא דאסרה תורה אתנן אפי' בא על אמו מוכח שהדין של קלב"מ הוא רק שאין כח לענשו בשמים אבל ידי שמים לא יצא עד שישלם. וכיון דאיכא חיוב לצי"ש מהני נמי תפיסת התובע. הקצה"ח בס' כ"ח סק"א מביא שהריב"ש כתב שכל מקום שיש חיוב לצי"ש אי תפס מפקין מיניה. והקצות מקשה מכאן. ומביא הקצות שהיש"ש כתב בב"ק פרק הכונס ס' ו' דבעלמא היכא דאיכא חיוב לצי"ש כגון גרמא בנזקין לא מהני תפיסה כיון שאינו חייב מן הדין ושאינו קלב"מ שהוא חייב מדינא אלא דלא קטלינן בתרי קטלא ועבדינן ליה החומרא, הילכך היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא בהתראה או בזה"ז הסברא נותנת דאי תפס לא מפקין מיניה דהא סו"ס חייב הוא. דהיינו שמחלק היש"ש בין החיוב לצי"ש של קלב"מ לשאר חיוב לצי"ש וא"כ לא קשיא מכאן על הריב"ש. ועיין בקצה"ח ס' פ"ז סק"ג שכתב ע"פ דברי המהרש"ל דאף שהמודה בממון שיש עליו חיוב לצי"ש אינו נחשב הודאה לחייב שבועת מודה במקצת מ"מ הודאה בממון שיש עליו פטור של קלב"מ נחשב מודה במקצת וחייב שבועה דאיכא חיוב גמור אלא שאין ב"ד דנים על חיוב זה. ומרן הגרא"מ שך זצוק"ל היה תמה על דברי הקצות אם החיוב הוא חיוב גמור למה אין ב"ד דנים חיוב זה ואם ב"ד אינם דנים בהכרח שהחיוב אינו חיוב גמור. [עיין בזה באבי עזרי פ"ג מגניבה ה"א ד"ה אולם].

הקצות מדייק מדברי היש"ש שמה שיש חיוב לצי"ש ומהני תפיסה כשיש קלב"מ הוא רק היכא דלא עבדינן החומרא כגון בשוגג או שלא התרו בו אבל היכא דעבדינן החומרא הפטור הוא פטור גמור וליכא חיוב לצי"ש ולא מהני תפיסה. ומביא הקצות ראייה לדבריו מדברי התוס' שהקשו כאן על הגמ' בסנהדרין ע"ב. אמאי לא רצה רבא לקבל את הדיכרי שנגנבו ממנו במחתרת אמנם איכא פטור של קלב"מ מ"מ הא איכא חיוב לצי"ש. ותירצו שהם לא רצו לצי"ש אלא נתנו מפני שחשבו שהם מחויבים. ואכתי קשה הא מהני תפיסה ואפי' אם הנתינה היתה בטעות שחשבו שחייבים מדינא מ"מ לא גרע מתפיסה ולמה רבא החזיר. וכן מקשה המחנ"א בהל' ריבית ס' ט"ו ומוכיח מזה שלא מהני תפיסה בקלב"מ. והקצות כתב דמוכח מזה דהיכא דעבדינן החומרא לא מהני תפיסה. והא דאמר רבא הכא אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו אף דהכא איירי בחייבי מלקיות וקי"ל דחייבי מלקות שוגגין חייבים ממון עיין בקצה"ח בהמשך דבריו שכתב דרבא שתירץ תי' זה ס"ל כר"ל שגם בחייבי מלקות שוגגין יש פטור של קלב"מ. ואולי י"ל עוד דמפורש ביש"ש הנ"ל שגם כשיש עדים והתראה אלא שאינו לוקה משום שבזה"ז אין ב"ד מלקין גם זה נחשב שלא עבדינן החומרא דלמעשה אינו לוקה. ולענין אי כה"ג חשיב חייבי מלקיות שוגגין או מזידינן נחלקו הש"ך בס' של"ח סק"ב והתרה"כ שם. הש"ך ס"ל שזה כחייבי מלקיות שוגגין והתרה"כ חולק דמהרה יבנה ביהמ"ק וילקה. ואם נאמר כהתרה"כ ואעפ"כ נאמר שאין זה נחשב עבדינן החומרא יהיה נחא דברי רבא אף למאי דקי"ל שחייבי מלקיות שוגגין חייבים ממון. אך אם עבדינן החומרא והנידון אי חשיב חייבי מלקיות מזידינן או שוגגין תלויים זה בזה וא"כ צ"ל שהיש"ש ס"ל כהש"ך וא"כ א"א לתרץ בזה את דברי רבא, וצ"ל כמש"כ הקצות דרבא ס"ל כר"ל שחייבי מלקיות שוגגין פטורים.

ומה דנקט הקצות שהבא במחתרת אף שלא נהרג בפועל נחשב עבדינן החומרא כיון שהיה אפשר להורגו ומדמה הקצות למי שגמרו דינו למיתה וברח ידוע שנחלקו בזה הראשונים בסנהדרין ע"ב. דברש"י מבואר שם שמה שהבא במחתרת פטור מממון אף שלא הרגו אותו הוא משום תנא דבי חזקיה דחייבי מיתות שוגגין פטורים מממון. ומוכח דס"ל שאין זה נחשב עבדינן החומרא. ולא דמי לנגמר דינו למיתה וברח דהתם גם אחר שברח לא פקע מיניה חיוב מיתה משא"כ הבא במחתרת אם לא הרגוהו בשעת מעשה א"א אח"כ להורגו. אך הרמ"ה בסנהדרין שם חולק על רש"י וס"ל שלא צריך להגיע לתנא דבי חזקיה כדי לפטור את הבא במחתרת דאין זה נחשב כחייבי מיתות שוגגין כיון שהיה זמן שהותר דמו בפועל. ודברי הקצות הם כשיטת הרמ"ה אבל בדעת רש"י א"א לפרש כדבריו.

בקצות בהמשך דבריו מבואר דס"ל דכשם שסובר היש"ש דהיכא דעבדינן החומרא לא מהני תפיסה ה"ה דליכא חיוב לצי"ש דפשיטא ליה לקצות דתפיסה וחיוב לצי"ש תלויים זה בזה. וא"כ מה שכתב הקצות שמה שלא החזיק רבא בדיכרי מכח תפיסה הוא משום דמחתרת נחשב עבדינן החומרא ובעבדינן החומרא לא מהני תפיסה הוא דלא כהתוס' שלקצות בכה"ג ליכא

נמי חיוב לצי"ש ובתוס' מבואר שבבא במחלת איכא חיוב לצי"ש. הנתיבות בס' כ"ח סק"ב חולק בזה על הקצות וס"ל שדבר היש"ש נאמרו רק לענין תפיסה אבל חיוב לצי"ש איכא גם בעבדינן החומרא שהדין של אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו הוא גם בעדים והתראה. עיין מה שכתב בזה הקצות במשובב, ומה שמביא שם בשם הריטב"א שלוקה בדיני שמים תמוה, ובחי' הריטב"א הגירסא היא לוקה בידי אדם ומשלם בידי שמים. ולדברי הנתיבות התי' של רבא כאן הוא גם בעבדינן החומרא ומשלם היינו לצי"ש ובאופן זה לא יועיל תפיסה. ולדבריו יש לבאר מה שרבא לא החזיק בדיכרי מכה תפיסה על דרך הקצות דמחלת נחשב עבדינן החומרא ובה לא מהני תפיסה ואין סתירה לזה מדברי התוס' שהקשו דאיכא חיוב לצי"ש שחיוב לצי"ש איכא גם בעבדינן החומרא. ולא צריך להגיע למה שכתב הנתיבות דאף דמהני תפיסה אסור לתפוס שהתפיסה הוא מדין עבד איניש דינה לנפשיה והיכא שב"ד אינם דנים אסור לו לעשות דין לעצמו.

האור"ש בחידושו כאן כתב לבאר באופן אחר מה שרבא לא החזיק בדיכרי מכה תפיסה. דאיירי התם שלא היו עדים על הגניבה אלא שהם הודו מעצמם. ובעלמא מהני הודאת בע"ד לחייב גנב אף שאינו נאמן לומר שגנב דאין אדם משים עצמו רשע דמ"מ הוא מודה על חיוב ממון. אבל הכא דליכא חיוב גמור אלא רק חיוב לצי"ש אין דין הודאת בע"ד על חיוב הממון וצריך שיהיה לו נאמנות על מעשה הגניבה שמכוחו יהיה חיוב לצי"ש ויועיל תפיסה, וע"ז ליכא הכא נאמנות דאין אדם משים עצמו רשע. וזה דלא כהקצות הנ"ל בס' פ"ז סקכ"ג שיש הודאת בע"ד גם כשמודה בחיוב לצי"ש.

נמצא הדרכים בישוב השאלה אמאי לא החזיק רבא בממון מכה תפיסה א. לקצות משום דליכא חיוב לצי"ש ולא מהני תפיסה היכא דעבדינן החומרא. והתוס' שלא ס"ל כן הוא או משום דס"ל שבא במחלת אינו נחשב עבדינן החומרא או דס"ל שגם בעבדינן החומרא איכא חיוב לצי"ש. ב. לנתיבות אף דמהני תפיסה אסור לתפוס בקלב"מ כיון שב"ד אינם דנים. ג. לשיטת הנתיבות י"ל עוד דאף דאיכא חיוב לצי"ש גם בעבדינן החומרא מ"מ תפיסה לא מהני בעבדינן החומרא. ד. המחנ"א מוכיח מזה דלא מהני תפיסה בקלב"מ. ד. לאור"ש לא מהני תפיסה מפני שלא היו עדים על הגניבה והודאת בע"ד לא מהני במקום שמים עצמו רשע ואין הודאה בחיוב גמור אלא רק בחיוב לצי"ש.

בעיקר תירוצי התוס' שרבא לא החזיק בממון מפני שלא רצו לצאת ידי שמים אלא היו סבורים שחייבים מדינא עיין בקצה"ח ס' ע"ה סק"ד שכתב בשם שו"ת בית יעקב שמוכח מדברי התוס' שמי שמשלם מפני שחשב שחייב מדינא והוברר שאינו חייב אלא בדיני שמים הנתינה היא בטעות וחוזר. והקצות חולק ומוכיח מכתובות צ"א: במעשה דקטיני דאביי שאם נתן סתם והוברר שאינו חייב חיוב גמור אלא משום מצוה אין הממון חוזר. וכן מפורש בשיטה כאן בשם הרשב"א בד"ה אתנן שאם חייב לצי"ש וחשב שחייב מדינא זכה המקבל בממון והוא שלו לקדש בו אשה. הרי דפשיטא ליה שאין זה מק"ט. [נאול י"ש לדחות דכונת הרשב"א מדין תפיסה]. ומה שכתבו התוס' כאן מבאר הקצות דכונתם דפרשו הגנבים שאינם מחזירים אלא מפני שהם חייבים מדינא. וענין זה לכאורה תלוי בגדר החיוב לצי"ש שאם זה חיוב גמור אלא שאין ב"ד דנים אותו אין סיבה שיהיה מק"ט שהוא נתן מפני שסבר שהוא חייב ובאמת הוא חייב ומה בכך שב"ד אינם דנים חיוב זה. אבל אם החיוב אינו חיוב גמור בודאי איכא טענת מק"ט. וא"כ הקצות שסובר שאין זה מק"ט לשיטתו שהובא לעיל שהקצות ס"ל שבקלב"מ איכא חיוב גמור אלא שאין ב"ד דנים חיוב זה. אך זה אינו דמראית הקצות מקטיני דאביי מוכח דס"ל דאף דליכא חיוב גמור אלא רק מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם מ"מ אמרינן שאינו מק"ט.

אתנן אסרה תורה. כל מה שנתבאר עד כאן הוא למה שפרשו רש"י ורוב הראשונים שכונת הגמ' שגם כשיש פטור של קלב"מ יש חיוב לצי"ש ומהני תפיסה. הרשב"א בשם י"א וכן השיטה בשם הראב"ד וכן השיטה בב"ק ע: בשם המאירי פרשו בענין אחר. שהפטור של קלב"מ הוא בחיובים שהתורה מחייבת ע"כ של האדם. אבל מה שאדם מחייב את עצמו מרצונו אינו בגדר עונש ואין בו פטור של קלב"מ. ולכן אתנן אסרה תורה אפי' בא על אמו שהחיוב של אתנן הוא חיוב שהוא חייב את עצמו ואינו חיוב שהתורה הטילה עליו בע"כ. וכן כאן החיוב של ד' קבין לפרה הוא התחייבות של מזונות שמקבל השוכר על עצמו. ולפירוש זה אין מקור מכאן שיש חיוב לצי"ש ולא שמהני תפיסה בחיוב שיש עליו קלב"מ. הראב"ד מקשה על פירוש זה דהכא החיוב הוא מחמת לאו דחסימה ואין זה חיוב שהוא מחייב את עצמו. וכתבנו לעיל שלכאורה אינו מוכן שלא תחסום אינו דין ממון אלא דין איסור והממון הוא בתולדה.

הקצה"ח בס' כ"ח סק"א מביא חי' הר"ן בסנהדרין בשם רבינו דוד שכתב על קושית התוס' אמאי לא קיבל רבא את הדיכרי הרי הם חייבים לצי"ש דלא דמי לאתנן דבאתנן צריך לעמוד בדיבור אע"פ שלא יתחייב מן הדין אבל לגבי דיכרי אחר שנפטרו מהשבת הדיכרי מכה קלב"מ זה ממון גמור שלהם ואין בו חיוב השבה אפי' לצי"ש. ותמה הקצות דאי ליכא חיוב מדינא אלא שצריך לעמוד בדיבור לא היה נאסר האתנן כדמוכח בגמ' בע"ז ס"ג. ונראה שרבינו דוד אזיל בשיטת הי"א שהובא ברשב"א שמחלק בין חיוב שאדם מחייב את עצמו לחיוב שהתורה מטילה עליו בע"כ. אלא שהי"א ס"ל שבחיוב שהוא מחייב את עצמו ליכא קלב"מ כלל, ורבינו דוד ס"ל שגם בזה יש פטור של קלב"מ אך יש נ"מ בין חיוב התורה לחיוב שהוא מחייב את עצמו לענין חיוב לצי"ש. שבחיוב התורה הפטור הוא פטור גמור וליכא חיוב לצי"ש, ולכן רבא לא קיבל את הדיכרי. והיכא שהוא מחייב את עצמו כגון באתנן ובחסימה אף שיש פטור של קלב"מ איכא חיוב לצי"ש. וראיתי שעל דרך זה כתבו האבי עזרי בפ"ג מגניבה ה"א ד"ה והנהי' והקה"י בכתובות ס' ל' אות ב' ע"ש.

נמצא ג' שיטות בזה. א. לרוב הראשונים אין הבדל כלל בין חיוב שמחייב את עצמו לחיוב התורה ובכולהו אין הב"ד מחייבים ואיכא חיוב לצי"ש. ב. ל"א שהובא ברשב"א ובראב"ד ובמאירי בב"ק בחיוב שאדם מחייב את עצמו אין פטור של קלב"מ כלל. ג. לרבינו דוד בחיובי התורה הפטור הוא פטור גמור וליכא חיוב לצי"ש, ובחיוב שמחייב את עצמו איכא פטור לגבי ב"ד אבל בזה יש חיוב לצי"ש.

משעת משיכה איחייב במזונותיה. לכאורה דברי ר"פ ברורים דלא שייך הכא פטור של קלב"מ שאין חיוב הממון מכה לאו דחסימה אלא התחייבות של מזונות שמתחייב בשעת שכירות הבהמה א"כ אין חיוב הממון והמלקות באים כאחד ומה סברת אביי ורבא שלא תרצו כר"פ. ולדברי הריטב"א והראב"ד והתוס' במכות שהובאו דבריהם לעיל דמשמע דס"ל שחיוב הממון הוא מכה פרשת לא תחסום ניהא אבל הא גופא קשיא כמש"כ לעיל.

ועוד יש לעיין בדברי ר"פ שרע"א בכתובות ל"א: מחדש שאם בשעה שמתחייב מיתה עשה פעולה שהוא תנאי לחיוב ממון ואם פעולה זו תעשה ע"י אחר לא יתחייב ממון אינו חייב כשנתחייב מיתה יחד עם עשיית פעולה זו. דמה שנעשה עם

חיוב מיתה לא יכול להיות גורם לחיוב ממון ונחשב כאילו פעולה זו נעשה ע"י אחר. ובסוד זה מישב רע"א את קושיית התוס' ביבמות נ"ט: שכתבו שחיוב קנס של אונס ומפתה הוא על גמר ביאה ולא על תחילת ביאה, והקשו על הגמ' בסנהדרין ע"ג: ששואלת למה הבא על ערוה שאין בה מיתת ב"ד חייב קנס הרי הרודף אחר הערוה מותר להצילה בנפשו וא"כ דינו כרודף ששבר כלים שפטור מדין קלב"מ. וקשה הרי חיוב קנס הוא על גמר ביאה ומה שמותר להורגו הוא רק בתחילת ביאה. וכעין זה מביא רע"א שמקשה הפנ"י על הגמ' בריש אלו נעורות ששואלת אמאי איכא קנס בבא על חייבי לאוין הרי אין לוקה ומשלם. וקשה שחיוב מלקות הוא על תחילת ביאה וקנס הוא על גמר ביאה. וכתב בזה רע"א דאף שחיוב הקנס הוא על סוף ביאה זה בתנאי שהוא יעשה את תחילת הביאה שאם תחילת הביאה יעשה ע"י אחר הוא לא יתחייב על גמר ביאה מפני שהיא כבר בעולה, ורק כשתחילת ביאה נעשה על ידו הוא חייב על גמר ביאה אף שהיא כבר בעולה דבהכי חייבי רחמנא. וכיון שתחילת הביאה הוא תנאי לחיוב אם היה חיוב מיתה בתחילת ביאה אין מעשה זה יכול להביא לידי חיוב ממון ונחשב כאילו עשאו אחר. וא"כ צ"ע מה תירץ ר"פ שחיוב הממון הוא משעת משיכה ואינו חייב מלקות אלא בשעה שחוסם, הרי גם שעת החסימה אף שאינו עיקר המחייב מ"מ זה תנאי לחיוב ואם היה בזמן החסימה קלב"מ הרי זה כאילו עשאו אחר. ואין לחלק בזה בין קלב"מ של מיתה וממון שנלמד מלא יהיה אסון לדין של מלקות וממון שנלמד מכדי רשעתו, והאחרונים כתבו שגדר הפטור של מיתה וממון שונה משל מלקות וממון, דרע"א כתב דבריו גם על מלקות וממון שהרי מישב בזה את קושיית הפנ"י דקאי על מלקות וממון.

אמנם יש לעיין מה הדין במי ששכר בהמה כדי לדוש בה והכניסה למקום שתדוש שם אבל אינו עושה מעשה בדישה עצמה אלא הבהמה דשה מאליה ובזמן שהיא דשה בא אחר וחסמה אם צריך השוכר לשלם ד' קבין לפרה. שבאופן זה לא עבר השוכר בלאו דלא תחסום אלא מי שחסם עבר, וא"כ יש להסתפק אם יש לדמות לישב לה קוץ דהוי ספק לעיל אי איכא לאו דלא תחסום, ומבואר בריטב"א שעל הצד שאין בזה איסור אינו משלם [והריטב"א מוסיף שגם בספק אינו משלם וע"ז שאלנו לעיל, אבל לצד שאין בזה איסור פשוט שאינו משלם וכן מוכח בריטב"א]. וא"כ ה"ע כשאחר חסם השוכר אינו משלם. או דלמא שאני חסימה שנעשה ע"י אחר שאין שום חסרון במעשה החסימה ובזה אולי חייב אף שמעשה החסימה לא נעשה על ידו. ובזה תלוי שאלתנו על דברי ר"פ. דמבואר ברע"א שהכלל לענין קלב"מ על תנאי לחיוב הוא שאם זה דבר שאם היה נעשה ע"י אחר לא היה חיוב יש פטור של קלב"מ. ואם נאמר שאם החסימה נעשה ע"י אחר ליכא חיוב א"כ גם כשנעשה על ידו עם פטור של קלב"מ לא יהיה חיוב. ואם כשנעשה ע"י אחר איכא חיוב א"כ גם קלב"מ לא יפטור.

לדבריו רע"א יש הכרה מר"פ שהשוכר חייב גם אם נעשה החסימה ע"י אחר דאל"כ לא תירץ ר"פ כלום דאכתי החסימה הוא תנאי לחיוב ויהיה בו פטור של קלב"מ. וא"כ יתכן שיש מקום לומר שבזה גופא פליגי אביי ורבא על תירוצו של ר"פ. דכו"ע מודו שחיוב התשלומין אינו על מעשה החסימה אלא משעת משיכה ואעפ"כ אביי ורבא לא ס"ל תירוצו של ר"פ משום דס"ל שהחסימה הוא עכ"פ תנאי לחיוב ממון ואם היה נעשה ע"י אחר לא היה מתחייב וגם בזה יש פטור של קלב"מ. ור"פ ס"ל שאין החסימה אפי' תנאי לחיוב ואם היה נעשה ע"י אחר ג"כ היה מתחייב ולכן אין פטור של קלב"מ על שעת החסימה.

נמצא דשני השאלות ששאלנו מתורצות אחת בשניה דמה שקשה מכאן על רע"א הוא סברת אב"י ורבא. ומחלוקת ר"פ עם אב"י ורבא הוא אי בעינן שהחסימה יעשה על ידו דוקא או לא.

אין לשיין עיסה בחלב. דין זה מובא להלכה ביו"ד ס' צ"ז סע' א'. וב' התירים יש בזה א.אם אופה דבר מועט כדי אכילה בבית אחת [החור"ד שם סק"ג כתב בשם התורת חסא"ת דכל ליומיה מקרי בת אחת]. ב.אם שינה צורת הפת איכא הכי"ר ולא יבא לאכול עם בשר. וכתב החור"ד בסק"ג שהתירים אלו הם דוקא אם עשה כן בשעת אפיה שאפה דבר מועט או עם שינוי שמתחילה לא נאסר, אבל אם אפה בלי שינוי כבר נאסר בשעת אפיה ונעשה נבילה ולא מהני מה שיעשה שינוי אח"כ או שיחלק לכמה אנשים ויהיה לכ"א דבר מועט. וזה דלא ככו"פ שכתב בשם זקנו שאם אפו פת מרובה יכול לחלקו לכמה שגייע לכ"א דבר מועט. והובא כ"ז בפת"ת סק"ג. ביאור המחלוקת הוא שהכו"פ ס"ל שלא אסרו את גוף הפת אלא רק חששו שמא יאכלנו עם בשר וכל שאין חשש ליכא איסור ולא שייך לומר שנעשה נבילה. והחור"ד ס"ל שאסרו את גוף הפת ואחר שנעשה נבילה אין לו התיר וכל ההתירים הם רק אם היו בתחילת האפיה שמעיקרא לא נאסר.

תוד"ה ואם טש. הקשו אמאי בעינן שיוסק התנור כדי להוציא בליעת הבשר הא סגי בקינוח שלא יהיה בשר בעין והבליעה אינה אוסרת דהוי ג"ט בר ג"ט. התוס' בחולין הביאו ראיה מזה לשיטת רש"י דס"ל שההתיר של ג"ט בר ג"ט הוא רק בדגים שעלו בקערה של בשר, דהיינו שניתנו כשהם חמים בקערה של בשר, שמותר לאוכלם עם חלב, אבל אם נתבשלו בקערה של בשר אסור לאוכלם עם חלב. וכאן שטש את התנור באליה הרי זה כנתבשלו ולכן צריך להסיק ולא סגי בקינוח. ודחו התוס' דשאני תנור שאי אפשר לקנחו יפה, אבל בעלמא יש התיר של ג"ט בר ג"ט אפי' בנתבשלו. הריטב"א כאן כתב שאפי' אם מהני קינוח בתנור מ"מ קשה לקנחו לכן נקטו עד שיסיק. ולדעת הרמב"ם והר"ן שמתירים ג"ט בר ג"ט גם בבישול צ"ל כתוס' או כריטב"א. הרא"ש שם בחולין מחלק בזה בין צליה שהוא בלי מים לבישול שהוא עם מים. שההתיר של ג"ט בר ג"ט הוא לא רק בעלו אלא גם בנתבשלו אבל זה דוקא בבישול ולא בצליה. ואפיה שהוא בלי מים דמי לצליה לכן בעינן הסיק ולא סגי בקינוח.

נמצא ג' שיטות בזה א. לרש"י בבישול אין התר של נ"ט בר נ"ט לכן בעינן שיסיק. ב. לרמב"ם ולר"ן ולתוס' יש התר של נ"ט בר נ"ט בין בבישול בין בצלי ומה שצריך להסיק הוא משום דלא מהני קינוח בתנור או כריטב"א שקשה לקנחו. ג. לרא"ש ההתר של נ"ט בר נ"ט הוא גם בבישול אבל לא בצליה ולא באפיה ולכן בעינן שיסיק ולא סגי הכא בקינוח. השו"ע בס' צ"ה סע' א' פוסק שיש התר של נ"ט בר נ"ט גם בצלי וגם בבישול והרמ"א מביא את שיטת רש"י שההתר הוא רק בעלו ולא בצלי ובישול. והגאון שם סק"א מביא את שיטת הרא"ש שמחלק בין בישול לצלי. וכ"ז לענין לאכול עם חלב ממש אבל לאכול בכלי של חלב מותר וכן לאכול עם חלב בזה אחר זה מותר ע"ש.

עד שיראו כדרך המנאפים. הרא"ש ביבמות פ"ב ס' ח' והטור באבה"ע ס' קע"ח מביאים בשם הבה"ג דלענין לחייב מיתה סגי שיראו כדרך המנאפים אבל לאסור אשה לבעלה בעינן ראייה ממש ולא סגי שיראו כדרך המנאפים. ותמה הרא"ש אם לענין מיתה סומכים על עדות זו כ"ש שיסמכו ע"ז לאסור אשה לבעלה. ולהלכה פסק הרמ"א באבה"ע ס' כ' שגם לאסור לבעל סגי שיראו כדרך המנאפים. הנוב" תנינא אבה"ע ס' י"א מבאר דברי בה"ג דס"ל שמה שסומכים על ראייה כדרך המנאפים הוא בצירוף שהתרו בהם וקבלו עליהם את ההתראה וזה מחזק את האומדנא. אבל לענין לאסור לבעל שלא צריך התראה לא סומכים

על מה שראו כדרך המנאפים לבד. ואה"נ אם יהיה התראה סומכים ע"ז גם לענין לאסור לבעל. וכדבריו כתב גם האו"ש בפ"א מאיס"ב הי"ט.

האחרונים נתקשו בדין זה אמאי סומכים בנפשות על מה שראו כדרך המנאפים הרי בנפשות לא סומכים על אומדנא אלא בעינן ראייה ברורה. עיין בספר המצות ל"ת ר"צ שלרמב"ם יש לאו מיוחד שלא לסמוך על אומדנא בנפשות, והרמב"ן שם חולק וס"ל שנפשות וממון שוים, ויקשה על הרמב"ם מכאן. המנ"ח במצ' רס"ו כתב דצ"ל דאומדנא זו עדיפא משאר אומדנות דהוי כאש בנעורת ועל אומדנא זו סומכים אפי' בנפשות. ועיין מה שכתב בענין זה המרחשת בח"ב ס' ל"ט אות ח'. ונר' דמה דלא הורגים ע"פ אומדנא אינו מפני שלא סומכים על האומדנא אלא זה גזה"כ דלענין נפשות בעינן ראייה ממש. ואפי' ראתי ב"ד בלילה לא מהני אף שאין לך אומדנא גדולה מזו אלא גזה"כ דבעינן עדות דוקא. ועיין באו"ש פ"ד מעדות ה"א דכמו שמבואר בסנהדרין פ"א: שבעדות מיוחדת שמהני בממון ולא מהני בנפשות מכניסים לכיפה כך באומדנא שמהני בממון ולא בנפשות מכניסים לכיפה. והוא משום דכל אומדנא שמהני בממון נחשב כידיעה ודאית גם לגבי נפשות וסגי בזה להכניס לכיפה. ורק לענין מיתת ב"ד גזה"כ דבעינן עדות ממש. וא"כ י"ל שמה שלא סומכים על אומדנא בנפשות הוא דוקא כשהאומדנא אינו על שעת מעשה העבירה ממש, כגון במעשה דשמעון בן שטח שרץ אחריו לחורבה וכו' שבשעת מעשה הרציחה לא ראו כלום אלא שיש אומדנא מכח מה שראו לפני"כ וממה שרואים מיד אח"כ יש הוכחה שהיה מעשה רציחה קצת לפני כן. בזה כיון שבשעת מעשה הרציחה עצמה ליכא אומדנא אין זה נחשב ראייה ממש. אבל היכא דאיכא אומדנא דמוכח שעכשיו ברגע זה נעשה מעשה עבירה ראיית האומדנא חשיב כראית המעשה ומהני גם בנפשות.

והדברים מבוארים בלשון הרמב"ם בפ"כ מסנהדרין ה"א וז"ל אפי' ראהו רודף וכו' הואיל ולא ראהו בעת שהכהו עכ"ל. ואינו מובן למה תלה הרמב"ם בזה שלא ראה בעת שהיכהו הרי החסרון הוא שלא ראה שהכהו כלל אלא ראה אומדנא. אלא מבואר שמה שלא מהני אומדנא זו הוא מפני שבעת שהכהו לא ראו אפי' אומדנא אלא יש הוכחה מכח מה שראו לפני"כ ואחרי כן. אבל אם היה אומדנא שברגע זה הוא מכהו היה זה נחשב כראיה ממש. וזהו ראייה כדרך המנאפים שרואים פעולה שהוא הוכחה שיש מעשה עבירה ברגע זה וזה נחשב ראייה ממש וסומכים ע"ז גם בנפשות. ומצאתי בס"ד בספר דברי יחזקאל ס' ל"ב בהג"ה שכתב שאומדנא בשעת מעשה מהני ומביא ראייה מעד שיראו כדרך המנאפים.

אמנם זה תלוי במחלוקת ראשונים בפשט בדרך המנאפים. דברש"י במכות ז. מבואר דלא סגי במה שרואה ששוכבים בקירוב בשר אלא בעינן שיראו שנוהגים דרך תשמיש וזה דבר שמוכיח שברגע זה יש מעשה ביאה ושפיר חשיב אומדנא דשעת מעשה. אבל רבינו יהונתן שמוכח בשיטה כאן כתב דסגי בשוכבין בקירוב בשר דכיון דפרץ כ"כ א"א שלא גמר תאותו. וכתב הנוב"י תנינא אבה"ע ס' י"א שלרבינו יהונתן אם מיד עם ראיית העדים פירש הבעל א"א לסמוך על העדות דשמא רצה לעשות מעשה ופירש מפקד הרואה. ורק כשראה אותם במצב זה זמן מה ולא בלבד אותם אדם סומכים שבדאי עשה מעשה. ולדברי הנוב"י בביאור דברי ר' יהונתן אין אומדנא על רגע מסוים אלא שמתוך כל הראיה מוכח שבמשך הזמן היה ביאה אבל בתחילת הראיה יתכן שעדיין לא עשה מעשה ובגמר הראיה יתכן שכבר פירש אלא שמתוך כל ראייתם יש הוכחה שהיה ביאה וזה לא אומדנא של שעת מעשה שאין שום רגע שיש הוכחה שעכשיו יש ביאה. ורק לדברי רש"י יש אומדנא בשעת מעשה. [עיין ברע"א תש" צ"ו שמביא דברי ר' יהונתן לענין מה שדן שם באחד שהעידו עליו שגילח בתער לענין לפוסלו לעדות ולא היה ראייה ממש אלא ראו שלבש הסינר שלובשים בשעת הגילוח ומרח על פניו כדרך המגלחים בתער ע"ש].

תוד"ה ופשטי להו. הקשו מה הראיה שאין איסור דרבנן. וביותר קשה למה שמבואר ברמב"ם בפ"ט מכלאים ה"א שבאמת יש איסור דרבנן אם העלן זה על זה או עוררן בקול, ורק בהכנסה לדיר לכד אין אפי' איסור דרבנן. וא"כ מה ראתי הגמ' משמואל דע"כ שמואל איירי לענין איסור דאורייתא ואולי מדרבנן גם הכנסה לדיר אסור. אך הביאור הוא כמו שכתב השיטה בשם הרא"ש דכיון שאיסור תורה הוא רק כשמכניס כמכחול בשפופרת לא מסתבר שרבנן יאסרו יותר מאחיזה ולא הכנסה לדיר שהוא רחוק מאיסור תורה. וכ"כ מהר"י קורקוס על הרמב"ם הנ"ל ע"ש.

היה עושה בתאנים לא יאכל בענבים. כתב הרשב"א דהיינו שנשכר לעבוד גם בתאנים וגם בענבים ואפ"ה בזמן שעוסק בתאנים לא יאכל בענבים אבל אם נשכר לתאנים ולא לענבים פשיטא שלא יאכל בענבים. ולדבריו נראה שגם הספק של עושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר הוא רק כשנשכר לעבוד בשניהם ועכשיו עוסק בגפן אחד מהו שיאכל בשני אבל אם נשכר רק לאחד פשוט שאינו אוכל בשני.

בהליכתן מאומן לאומן. כתב השיטה בשם הר"ן שלא היה תקנה שלא יאכלו בשעת מלאכה אלא רק בשעת הליכה דלעולם גם בשעת מלאכה מותר לאכול כעיקר הדין אלא תקנו התר לאכול בשעת הליכה כדי שלא יהיה מוכרח לאכול דוקא בשעת מלאכה ויבטל ממלאכתו. ומקשה הר"ן ממשנה זו על הרמב"ם שכתב בפ"ב משכירות שאסור מן התורה לאכול בשעת מלאכה ע"ש.

שור במחובר היכי אכיל. פרש"י ששאלת הגמ' היא דילפינן מקרא ששור אוכל בשעת מלאכה במחובר. ואי אמרינן דעושה בגפן זה אינו אוכל בגפן אחר הרי אינה יכולה לאכול מהענבים שבה נעשה המלאכה שהיא הולכת לפני העגלה והבוצרים עושים בגפן שאצל העגלה ונותנים בעגלה. והקשו התוס' על רש"י שגם אם היתה הפרה יכולה לאכול ממה שעל העגלה אין זה אכילה במחובר אלא בתלוש. הרשב"א מקשה בנוסח אחר שאם מלאכת הבהמה הוא למשוך עגלה שהבוצרים מניחים בו את הענבים אין זה מלאכתו במחובר אלא בתלוש כמבואר ברש"י לעיל פ"ה: ד"ה לכתף וז"ל לשאת הענבים וחבריו בוצרים דהוה מלאכתו בתלוש עכ"ל.

אמר רב שישא במודלית. מבואר בגמ' שאפי' אם עושה בגפן זה אינו אוכל בגפן אחר אם גפן אחד מודלה על חברו אוכל משניהם אבל אם עושה בתאנים אינו אוכל בענבים אפי' אם הענבים מודלים על התאנים. כתב הסמ"ע בס' של"ז סק"ד שמה שבב' מינים אינו אוכל אפי' במודלה היינו לצד שעושה בגפן זה אינו אוכל בגפן אחר ואז קשה מתאנים וענבים, וצ"ל דאיירי במודלה ויש הכרח לומר שבב' מינים אינו אוכל אפי' במודלה. אבל לצד שעושה בגפן זה אוכל בגפן אחר אין צורך להעמיד במודלה וא"כ יהיה הדין שבמודלה אוכלים אפי' בב' מינים. ומוסיף הסמ"ע דכיון שלא נפשט הספק של אוכל בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר א"כ גם דין זה של עושה בתאנים אם אוכל בענבים במודלה הוא ספק ואם אכל לא מפקינן מיניה. וכתב שזה דלא כלבוש שכתב שאם עושה בתאנים ואכל בענבים מפקינן מיניה אפי' שהיה מודלה. וכתב הש"ך בסק"ד שהסמ"ע

השיג על הלבוש שלא כדת הדמעיין בש"ס יראה שדברי הלבוש נכונים. דהיינו שנחלקו הסמ"ע והלבוש והש"ך אם מה שמבואר בדחיית הגמ' שבב' מינים לא אוכלים אפי' במודלה הוא מכח ההכרח כדי שלא נפשוט משם את הספק של עושה בגפן זה אוכל בגפן אחר או שפשוט כן מסברא גם בלי הכרח. אך מה שכתב הש"ך שמוכח כדבריו בגמ' צ"ב היכן מוכח כן.

רש"י מבאר מה שבמודלית אוכלים מענבים לענבים אפי' לצד שאוכל בגפן זה אינו אוכל בגפן אחר הוא משום שכשנאחד מודלה על חברו הוא עוסק בשניהם שהרי צריך להגביה ולהפריד הענפים של זה מזה. הריטב"א כתב שמודלה גורם שנחשב הכל כדבר אחד וכאילן אחד. ונראה שלדברי הריטב"א מסתבר כש"ך והלבוש שרק במין אחד יכול מה שמודלה להחשיב את הכל לאילן אחד אבל שני מינים שמודלים זה על זה אינם יכולים ליחשב כאילן אחד. ואף שהריטב"א מסופק היכא דהוי אילן אחד ממש ויש בו ב' מינים כגון ע"י הרכבה והוא עושה במין אחד אם יאכל במין השני, זה רק כשזה באמת אילן אחד אבל מודלה מסתבר שלא יחשיב ב' מינים אילן אחד. אבל לרש"י שאינו נעשה כאילן אחד אלא נחשב שהוא עוסק גם בזה וגם בזה יש מקום לדברי הסמ"ע שמסברא יועיל מה שמודלה גם לתאנים וענבים דכיון שהוא עוסק בשניהם זה נחשב שמלאכתו בשניהם.

הרא"ש כתב דבעיא זו דעושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר לא נפשוט ולכתחילה לא יאכל ואם אכל אין מוציאים מידו. והקשו האחרונים אמאי כתב הרא"ש שאם אכל אין מוציאים מידו הא קי"ל תקפו כהן מוציאים מידו ולא מהני תפיסה מספק. וכתבנו דברי הש"ך והתומים והקנה"ס והאו"ש בזה לעיל פ"ט: בספק מהו שיהבהב יעו"ש.

הרמב"ם בפ"ב משכירות ה"י סתם שעושה בגפן זה לא יאכל בגפן אחר ולא הזכיר שזה בעיא דלא איפשטא. ותמה הלח"מ אמאי לא כתב הרמב"ם דהוי ספק ואי תפס לא מפיקנן מיניה כשטתו בכמה מקומות שפסק שתקפו כהן אין מוציאים מידו. ולעיל כתבנו לישב ע"פ סברת האו"ש שהובא שם דכיון שלכתחילה אסור לאכול הרי זה כאילו התנה שנשכר ע"ד שלא לאכול. ובזה אם אכל מוציאים מידו גם לדעת הרמב"ם. ועוד מקשה המל"מ אמאי לא נזכר ברמב"ם שבמודלה אם היה עושה בגפן זה אוכל בגפן אחר שמבואר בגמ' שבאופן זה אין ספק ופשוט שאוכל.

תוד"ה הא עושה. עיין בריטב"א שכתב לישב קושיית התוס' שאם היו שני טעמים שאינו אוכל מן התורה לא היו רבנן מתקנים שיאכל משום הפסד הבעלים דחדא עקרי רבנן תרתי לא עקרי ע"ש.

עד שתהא פורקת. כתבו התוס' דקמ"ל שאוכלת אע"פ שאינה רואה את הגפן שעליה או שבעגלה. ועוד מבואר בתוס' שדין זה הוא דין תורה ואין זה המשך של מה שתקנו משום השב אבידה לבעלים. הרשב"א חולק וס"ל שגם חלק זה של המשנה ובחמור כשהיא פורקת הוא תקנ"ח משום השב אבידה לבעלים ע"ש מה שמבאר הרשב"א טעם הדבר.

אוכל פועל אפי' בדינר. מוכח בגמ' שאין חידוש במה שאוכל בדינר אלא שסתם דינר הוא יותר משכרו והחידוש הוא שאוכל יותר משכרו. דאל"כ לא מובן שאלת הגמ' חכמים היינו ת"ק. וכן מבואר בהמשך הגמ' ת"ש אוכל פועל קישות אפי' בדינר אי אמרת משלו הוא אוכל אוגיר בדנקא אכיל בזוזא. וכן מבואר ברמב"ם בפ"ב משכירות ה"א שכתב ויש לו לאכול אפי' בדינר אע"פ ששכרו במעה.

איכא בנייהו מלמדין. צ"ב איזה דין זה שמלמדין ומה שייך מחלוקת בזה וכי אסור לומר לפועל עצה טובה. הרא"ש כתב שקי"ל כחכמים שמלמדין דחכמים הם רבים ועדיף מסתמא דרישא דפעמים שסתם משנה הוא יחידי. ועוד דמסתבר טעמייהו דחכמים דנכון הוא וטוב הוא וישר ללמוד כל אדם ולהורותו הטוב לו. וקשה א"כ מה טעמו של ת"ק שאין מלמדין. ועיין בשיטה בשם רבינו יהונתן שכתב וז"ל אליבא דת"ק אסור ללמד אותו אפי' בדרך עצה שאין לנו לעקור מה שנצטוינו מן התורה והתורה זכתה לו עכ"ל. לפי האוקימתא דפליגי בדרי"א לכאורה אין מחלוקת במלמדין אלא לכו"ע מלמדין ופליגי רק בדרי"א אם אוכל כשלא שכרו אלא לבצור אשכול אחד. אך בשיטה בשם הראב"ד מבואר דלא ס"ל כן שכתב וז"ל רבנן בתראי לית להו דר' אסי מדקאמרי אבל מלמדין אלמא מדוחק הם מתירין עכ"ל. ומבואר דס"ל שגם לתי' זה פליגי במלמדין והדין של רב אסי תלוי בדין של מלמדין. דת"ק ס"ל שההתר אינו מדוחק אלא התר גמור ולכן אין מלמדין שלא יאכל, ולכן אית ליה דרב אסי שאוכל אף שלא שכרו אלא לבצור אשכול אחד. וחכמים ס"ל שמלמדין שלא יאכל משום דס"ל שההתר הוא מתוך הדחק, מעין מה שאמרו במקום אחר לא דברה תורה אלא כנגד יצר הרע, ולכן מסתבר דלית להו דרב אסי. ומבואר בדבריו דביאור המחלוקת אם מלמדין או לא הוא אם התר אכילת פועל הוא התר גמור לכתחילה או שאינו אלא מתוך הדחק. וזה הפשוט בדברי רבינו יהונתן שאם ההתר הוא התר גמור אין לנו לעקור מה שנצטוינו מן התורה ואסור ללמדו אפי' בדרך עצה. אבל אם ההתר אינו אלא מתוך הדחק ורצון התורה הוא שלא יאכל בודאי ראוי ליעץ לו שלא יאכל ואין זה עקירה לציווי התורה.

א"ב דרב אסי. רש"י מפרש דת"ק אית ליה דרב אסי ות"ק מקל בתרתי דס"ל שאוכל אפי' קישות שהיא לבדה וגם שאוכל יותר משכרו. ור' אלעזר ס"ל נמי כרב אסי שאוכל אפי' היא לבדה אבל רק עד כדי שכרו ולא יותר. וחכמים אומרים שיכול לאכול יותר משכרו אבל אם שכרו לקישות אחד אינו אוכלה. וכן פירש הרא"ש וכיון שהרא"ש ס"ל דהלכה כחכמים יוצא שלא קי"ל כרב אסי. הריטב"א מביא י"א דמפרשי איפכא מרש"י והרא"ש דת"ק שאמר שאוכל אפי' בדינר ס"ל רק חידוש זה שאוכל יותר משכרו ואינו סובר את החידוש של רב אסי. וחכמים מתירין היינו מתירין הכל גם יותר על שכרו וגם כשאין שם אלא קישות אחת. וכתב הריטב"א דבין לפרש"י בין לפירוש השני קי"ל כרב אסי כיון שאין באמוראים מי שחולק עליו. ותמה הריטב"א על הרי"ף שלא פסק כרב אסי.

יש לעיין במה שאמרו דפליגי בדבר אסי אם פליגי בשני דיניו של רב אסי או רק בראשון דהיינו בהא דלא שכרו אלא לאשכול אחד אבל בדין השני שאוכל כשיש הרבה אפי' לא בצר אלא אשכול אחד לא מצאנו מחלוקת. הטור בס' של"ז פסק דלא כרב אסי בשני הדינים וכתב שם הב"י שמדברי הרמב"ם והרי"ף שהשמיטו את שני הדינים של ר"א משמע דס"ל דת"ק וחכמים פליגי בתרתייהו והלכה כחכמים וליתא לדר"א. אבל כתב הב"י שמדברי רש"י והרא"ש משמע דס"ל דפליגי רק בדין הראשון ובזה פסק הרא"ש דלא כר"א אבל על הדין השני אין חולק והלכה בזה כר"א. ויוצא ג' שיטות בזה א. לריטב"א הלכה כר"א בתרתייהו. ב. לרמב"ם לרי"ף ולטור אין הלכה כר"א בתרתייהו. ג. לרש"י ולרא"ש בראשון אין הלכה כמותו ובשני הלכה כמותו.

משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל. לכאורה הספק של הגמ' הוא אם דין אכילת פועל הוא זכות ממון שיש לפועל על בעה"ב או שאין לו זכות ממון אלא מצוה על בעה"ב להניחו לאכול. אך הובא לעיל פ"ז: שהגר"ח בפ"ח ממעילה ה"א מוכיח מהגמ' בסנהדרין שיש דין אכילת פועל גם לעכורים בשל עכורים שגם לצד שמשל שמים הוא אוכל יש לו זכות ממון על בעה"ב אלא שאינו זוכה בממון עד שעת אכילה ואינו יכול לתת לאשתו ובניו. ולא דמי לדין אכילת בהמה שאינה זכות ממון אלא רק איסור על בעה"ב לחסום. [וכתבנו שם שמדברי הקונה"ס בכלל ד' אות י"ג משמע דלא ס"ל כהגר"ח].

יש לעיין אמאי אין הפועל יכול לתת לאשתו ובניו לצד שמשל שמים הוא אוכל הרי אפי' באכילת בהמה שביסודה אינה דין ממון אלא דין איסור מ"מ מוכח שע"י האיסור נוצר גם דין ממון, שאם עבר וחסם משלם ד' קבין לפרה, וחייב זה חל בשעת משיכה כמבואר לעיל צ"א. משעת משיכה איחייב במזונותיה. ומוכח דכיון ששוכר ע"ד לקיים את דין האיסור ולתת לבהמה לאכול בשעת דישא כלול אכילה זו בחיוב מזונות של השומר. וא"כ למה בפועל לא אמרנן שאפי' לצד שאוכל משל שמים ואין הפועל זוכה באכילתו מעיקר הדין מ"מ אמאי אין אכילת הפועל כלול בחיוב המזונות שחייב בעה"ב לפועל ולמה לא יחול חיוב ממון כתוצאה מזכות אכילה של הפועל ויכול לתת מה שבעה"ב חייב לו לאשתו ובניו, ולמה גרע פועל לענין זה מבהמה, שלבהמה חל חיוב בשעת משיכה והפועל אינו זוכה אלא בשעה שלועס כמבואר בתוד"ה אי אמרת. ומה שאינו יכול לתת לאשתו ובניו י"ל שרק מה שעתידי לאכול הוא בכלל מזונותיו אבל מה שנותן לאשתו ובניו הוברר שלא היה עתיד לאכול ואין זה בכלל מזונותיו. אך אכתי קשה דמשמע בתוס' כאן ולעיל פ"ח. שגם מה שהוא כן אוכל אינו זוכה אלא משעה שלועס בפיו, ואמאי לא אמרנן שזכה בזה משעת משיכה כמו בבהמה.

היכא דעבר ומנע מהפועל מלאכול כתב הריטב"א לעיל פ"ח: והראב"ד הטור בס' של"ז בשם הרמ"ה שצריך בעה"ב לשלם והובא ברמ"א שם סע' א'. והמנ"ח במצ' תקע"ו אות י' כתב שמדברי הרמב"ם שלא הזכיר חיוב תשלומין משמע שחולק על הרמ"ה. וגם זה צ"ב אמאי גרע פועל לענין זה מבהמה הרי בפועל זה יותר דין ממון מבהמה ואם בבהמה זה בכלל חיוב מזונות כ"ש בפועל. ומצאתי בס"ד שכבר עמד בזה הרשב"א מובא בשיטמ"ק בסוף דף צ"ב: דאחר שכתב שמסקנת הגמ' דמשל שמים הוא אוכל ואינו יכול לתת לאשתו ובניו כתב הרשב"א וקשיא לי דא"כ היכי קתני בברייתא לעיל החוסם פרה ודש בה משלם ד' קבין לפרה אמאי משלם נימא מאי דהוה הוה דכי זכי להו רחמנא לאכול אינהו בשעת מלאכה וכיון דלא אכלי איסורא דעבד עבד ואמאי משלם לבעלים הא לא גזל משל בעלים כלום. דהיינו דקשיא ליה לרשב"א כיון דמסקינן לגבי פועל שמשל שמים הוא אוכל ואין זה חוב ממון אלא מצוה א"כ ה"ה לגבי בהמה אין חוב ממון אלא רק איסור חסימה ואמאי משלם ד' קבין לפרה. ובביאור תירוצו עיין מה שכתב האבן האזל בפ"ג משכירות ה"ב אות ג'. וע"ע בהשטות שבסוף ספר משפטים בעמ' פ"ה: בד"ה ובמה שכתבתי שם אות ג' וכן בד"ה אכן בכונת דברי הרשב"א.

רש"י ד"ה לידיה זכי. ברש"י מבואר שלצד שמשל שמים הוא אוכל כל זמן דלא מטא לידיה לא זכי ליה דליתבה לאשתו ובניו. משמע שכשמיגיע לידו זוכה גם למ"ד משל שמים הוא אוכל ויכול לתת לאשתו ובניו. וזה דלא כשיטת התוס' שכתבו בד"ה אי אמרת שאינו זוכה אלא מה שהוא לועס ואוכל כמו שכתב בהגהת הגר"א. ולתוס' גם אחרי שבא לידו אינו יכול לתת לאשתו ובניו. וכן מפורש ברמב"ם בפ"ב משכירות ה"ג וז"ל פועל שאמר הריני נותן מעט מזה שנטלתי לאכול לאשתי ובניי אין שומעין לו שלא זכתה תורה אלא לפועל עצמו עכ"ל. מפורש שגם ממה שכבר נטל אינו יכול לתת לאשתו ובניו. והטור בס' של"ז כתב שיש מתירין לתת לאשתו ובניו אחר שבא לידו והטור חולק. וכתב הגר"א שם סק"ז שהמתירין ס"ל כשיטת רש"י שאחר שמטא לידו הוא זוכה אפי' למ"ד משל שמים הוא אוכל, והחולקים ס"ל כתוס' שלמ"ד משל שמים אינו זוכה עד שיתן לתוך פיו. ועיין לעיל פ"ח. על תוד"ה תבואת זרע שכתבנו דר"ת וריב"ם שם פליגי במחלוקת רש"י ותוס' כאן שר"ת ס"ל כשיטת התוס' שאינו זוכה עד שאוכל וריב"ם ס"ל כשיטת רש"י שזוכה כשמיגיע לידו ע"ש.

המנ"ח במצ' תקע"ו אות ט' מקשה סתירה בדברי רש"י בענין זה שרש"י בעמ' ב' כתב בד"ה אי אמרת משל שמים וכן בד"ה משל שמים הוא אוכל שאם משל שמים הוא אוכל אין לפועל קטן זכות אלא כשנותן לתוך פיו. וזה כשיטת התוס'. ולכאורה נראה דהתם שאני דאירי בקטנים דלית להו זכיה. ולמ"ד משלו הוא אוכל זה חוב ממון וגם לקטן יש חוב אבל למ"ד משל שמים אין חוב ממון אלא הפועל זוכה ע"י הגבהתו כמו שעניינים זוכים במתנות עניים. וכיון שאין לקטן זכיה אינו זוכה אלא כשנותן לתוך פיו [עיין תוס' בפסחים כ"ט. שא"א לאכול בלי לזכות]. אבל בגדול סובר רש"י שזוכה כשמטא לידיה.

אוגיר בדנקא אכיל בוזא. מסקנת הגמ' שאין מזה ראייה ואפי' אם משלו הוא אוכל יש צד שאוכל אפי' יותר משכרו דרחמנא זכי ליה. עיין בשיטמ"ק שכתב על הספק אי משלו הוא אוכל או משל שמים הוא אוכל דלרב אסי לא מיבעיא ליה דלרב אסי פשיטא דס"ל משל שמים הוא אוכל דס"ל שאפי' לא שכרו אלא לאשכול אחד יכול לאכול את כולו ולא יתכן שזה יהיה בגדר שכר, וע"כ דר"א ס"ל משל שמים הוא אוכל. אבל זה יתכן רק לשיטת הרי"ף והרא"ש דס"ל דלא קי"ל כרב אסי אבל לריטב"א שהובא לעיל דס"ל דקי"ל כרב אסי ע"כ צ"ל שהספק כאן הוא גם לרב אסי וגם לדידיה יש צד לומר משלו הוא אוכל וגם לגבי זה אמרנן דזכי ליה דרחמנא דדוחק לומר שהספק של הגמ' הוא לא אליבא דהלכתא.

כנפוש קמיפלגי. רש"י במשנה כתב על דברי ר' אלעזר חסמא שפועל אינו אוכל יותר מכדי שוכר דלקמן יליף לה מכנפוש בשכירותו שמוסר נפשו עליו. משמע דס"ל שהלימוד מפסוק זה הוא שאוכל רק עד כדי כנפוש דהיינו עד כדי שכר ולא יותר, ושכרו נקרא נפשו מפני שמוסר נפשו עליו. הרמב"ם בפ"ב משכירות ה"א כתב שיש לו לפועל לאכול קשות אפי' בדינר אע"פ ששכרו במעה כסף שגא' כנפוש שבעך. דהיינו דמקרא דכנפוש ילפינן שאוכל אפי' יותר משכרו, וזה איפכא מהדרשה שכתב רש"י במשנה. [עיין בתוס' יו"ט שמביא שבספרי מבואר שהלימוד הוא משבעך]. ולרמב"ם נחא גרסת הספרים דגרסו כאן כו"ע משלו הוא אוכל ומסברא אינו אוכל יותר מכדי שכרו ופליגי בקרא דכנפוש דמר דריש כנפוש ללמד שאוכל יותר מכדי שכרו, ומר דריש כנפוש לדרשה אחרת. אבל לשיטת רש"י לא מוכן גרסא זו שאם כו"ע סברי משלו הוא אוכל לא בעינן קרא ללמד שאוכל רק עד כדי שכרו. ולכן כתבו התוס' דלא גרסינן כו"ע משלו הוא אוכל אלא פליגי בכנפוש. והרשב"א מביא גרסא כו"ע משל שמים הוא אוכל. אבל לרמב"ם נחא גרסת הספרים דכו"ע משלו הוא אוכל דלדידיה הלימוד מכנפוש הוא שאוכל יותר משכרו.

תוד"ה ואי אמרת. הקשו אי משל שמים הוא אוכל אמאי נקט נזיר הרי כל פועל אינו יכול לומר שיאכלו אשתו ובניו. וכתבו דאורחא דמילתא נקט. הרמב"ם בפ"ב משכירות ה"ג כתב שפועל שאמר תנו לאשתי ובניי אין שומעין לו שלא זכתה

תורה אלא לפועל עצמו ואפי' נזיר שהיה עושה בענבים ואמר תנו לאשתי ובני אין שומעין לו. והקשה הלח"מ אמאי כתב הרמב"ם אפי' נזיר הרי מבואר בגמ' שאפי' למ"ד משלו הוא אוכל וכל פועל יכול לומר תנו לאשתי ובני אין יכול לומר משום לך אפי' נזיר הרי מבואר בגמ' שאפי' למ"ד משלו הוא אוכל וכל פועל יכול לומר תנו לאשתי ובני אין יכול לומר כן ומאי אפי' דכתב הרמב"ם. וכתב הלח"מ שהיה קשה לרמב"ם לדברי המקשן שרצה ללמוד מכאן שכל פועל אינו יכול לומר תנו לאשתי ובני אמאי נקט הברייתא נזיר. דהיינו שהיה קשה לרמב"ם קושיית התוס'. ולמד מזה הרמב"ם שאפי' אם משל שמים הוא אוכל וכל אדם אינו אומר תנו לאשתי ובני היה ה"א שנזיר כיון שאינו יכול לאכול בעצמו יכול לומר תנו לאשתי ובני, קמ"ל שגם נזיר אינו אומר כן וכ"ש אדם אחר. וכיון שהרמב"ם פסק משל שמים הוא אוכל דהיינו כסברת המקשן לכן כתב אפי' נזיר. ויוצא מדברי הלח"מ תירוץ נוסף על קושיית התוס'.

הסמ"ע בס' של"ז סקל"ה כתב שמה שכתב הרמב"ם אפי' נזיר היינו דכיון שאין הנזיר יכול לאכול ס"ד שיחשב כאילו התנה ע"מ שיאכלו אשתו ובניו במקומו קמ"ל. וכתב ע"ז הש"ך סק"ה דבגמ' מבואר שבנזיר פשוט יותר שאינו אוכל משום לך וכו'. ומסיים הש"ך וק"ל. וכונתו לומר שאין סתירה מדברי הגמ' לדברי הסמ"ע שהגמ' קאי למ"ד משלו הוא אוכל ולדידיה צ"ל שנזיר אינו אומר תנו אף שפועל אחר כן אומר, אבל למ"ד משל שמים הוא אוכל וכל אדם אינו אומר תנו לאשתי מוכח בברייתא שיש חידוש בנזיר יותר משאר פועלים. וזה כדברי הלח"מ.

תוד"ה השוכר. הקשו התוס' אמאי אוכל פועל שמלאכתו הוא לקצוץ בתאנים הרי אם היה רוצה לאכול בלי לקצוץ היה זה אחר גמר מלאכה ולא היה פועל אוכל וכי בשביל שחושב לקצוץ זה מקבל דין של קודם גמר מלאכה ויוכל הפועל לאכול. כונת התוס' דאף שידעו גם בקושייתם שמהני המחשבה לענין מעשר מ"מ סברו שלא יועיל המחשבה לענין אכילת פועל. והוא משום שאין דין אכילת פועל תלוי בחיוב מעשר שגם בחו"ל שלא נהג מעשר אכילת פועל תלוי בגמר מלאכה למעשר א"כ לא המעשר גורם ואינו אלא סימנא בעלמא דבדבר שנגמר מלאכתו למעשר אין פועל אוכל. וא"כ כיון שהגיעו הפירות למצב שאם חושב לאכול כמו שהן זה אחר גמר מלאכה אולי אין פועל אוכל אף שחשב לקצוץ ולמעשה אין עדיין חיוב של מעשר. ובתי' הראשון ס"ל שכן הוא הדין אלא דהכא איירי במקום שהמנהג הוא לקצות ובסתם לא נגמר מלאכתו עד הקציצה. ובתי' השני כתבו שכשם שהמחשבה מועילה להחשיב את זה קודם גמר מלאכה לגבי מעשר כך זה מחשיב את זה קודם גמר מלאכה לגבי אכילת פועל.

ע"מ שיאכל בני בשכרי. רש"י מפרש בשכר שקצצת לי. והקשו התוס' שזה מקח גמור ומה ראית הגמ' מזה, ולמה זה רק מחזי כמקח. הריטב"א כתב שאין כונת רש"י בשכר שקצץ לו בעה"ב אלא בשכר שנתנה לו תורה. והיינו כפירוש התוס' שהתנה שיאכל בנו במקומו. ואם משלו הוא אוכל הוא יכול לתת זכות אכילתו לבנו ואמאי חייב לעשר. אף התוס' הוסיפו דמה שצריך תנאי להאכיל לבנו במקומו לצד שמשלו הוא אוכל הוא משום שפעמים שהבן אוכל יותר מן האב. ושאלת הגמ' אמאי חייב בנו לעשר כתבו התוס' שהוא על החלק שגם האב היה אוכל אבל החלק שאוכל הבן יותר מאביו הוא מקח ממש ולא רק מחזי כמקח. ולשיטת התוס' מסתבר שתי' הגמ' מחזי כמקח הוא דכיון שיש בתנאי זה תוספת על דין אכילה של התורה והתוספת הוא מקח ממש גם החלק שהיה אוכל בלי התנאי הוא מחזי כמקח. אבל היכא שהתנה על דבר שבל"ה הוא אוכל מדינא ואין בקציצתו שום תוספת על דין אכילה של התורה אין זה אפי' מחזי כמקח. וזה שיטת התוס' לעיל פ"ט: שאם קצץ בדבר שהיה אוכל בלי הקציצה אין לזה דין קציצה לחייב במעשר אפי' מדרבנן ואפי' מחזי כמקח אין זה. ולא קשיא מכאן דמה שמבואר כאן דמחזי כמקח היינו כשיש תוספת בקציצה ואז גם העיקר מחזי כמקח כיון שחלק מן הקציצה הוא מקח ממש.

הרשב"א לעיל פ"ט: כתב דרש"י ס"ל שגם כשקוצץ על דבר שאוכל מדינא אף שאין זה מקח ממש מ"מ מחזי כמקח וחייב במעשר מדרבנן. והמקור לדברי הרשב"א שם הוא מכאן דמבואר לפרש"י, לפי מה שמבאר הריטב"א את דבריו, שאף שמתנה על דבר שדינו לאכול בל"ה ואין זה מקח ממש מ"מ זה מחזי כמקח. ולא נזכר ברש"י מה שכתבו התוס' שיש תוספת באכילת הבן. א"כ מבואר כאן לשיטת רש"י שכל קציצה אף בדבר שהיה אוכל גם בלי הקציצה גורם שיהיה מחזי כמקח. וזה כמש"כ הרשב"א לעיל פ"ט: בדעת רש"י. אבל התוס' שם וכאן ס"ל שרק כשיש בקציצה תוספת על דין אכילה של התורה, והתוספת הוא מקח ממש, ממילא גם העיקר מחזי כמקח. אבל כשאין בקציצה תוספת אין זה אפי' מחזי כמקח כמבואר בתוס' לעיל.

הרמב"ן כאן מפרש כתוס' שע"מ שיאכל בני בשכרי היינו שיאכל במקום אביו. אך גם הרמב"ן לא ס"ל מה שכתבו התוס' שיש באכילת הבן תוספת על אכילת האב. אך מאידך סובר הרמב"ן שאם מתנה על דבר שדינו לאכול מן התורה אין זה אפי' מחזי כמקח. ומה שכאן מחזי כמקח מבאר הרמב"ן שלגבי הבן שאינו עוסק במלאכת בעה"ב ואינו נראה כפועל בזה הקציצה נראה כמקח אף שדינו לאכול מן התורה. אבל הפועל עצמו שניכר שדינו לאכול אין הקציצה אפי' נראה כמקח. ועיין לעיל פ"ט: שכתבנו שמוכח מדברי הרמב"ן שם שאם יש בקציצה תוספת על מה שדינו לאכול מן התורה זה כולו מקח וגם החלק שאוכל מדינא מקבל דין מקח מדינא ולא רק מחזי כמקח. ולכן הרמב"ן כאן אינו יכול לפרש כתוס' שאם היה באכילת הבן תוספת על אכילת האב היה הכל מקח ממש. ומה שע"מ שאוכל אני ובני הוא אוכל ופטור ולא אמרינן דכיון שיש תוספת של אכילת בנו גם אכילתו יהיה מקח היינו משום דע"מ שיאכל אני ובני אינו קציצה על עצמו כלל אלא הכונה שכשם שאני אוכל מדינא כך יאכל בני עמי, והקציצה הוא רק על בנו. וכן צ"ל לדעת רש"י ותוס' שגם שלתוס' כל שיש תוספת גם העיקר מחזי כמקח, ולרש"י אם יש קציצה זה מחזי כמקח גם בלי תוספת וע"כ צ"ל שאני ובני ליכא קציצה לגבי האב כלל אלא רק לגבי הבן לכן הוא אוכל ופטור.

נמצא ג' דרכים בביאור תי' הגמ' מחזי מחזי כמקח. א. לתוס' כיון שיש בקציצה תוספת גם החלק שאוכל מדינא מחזי כמקח. אבל בלי תוספת אין בקציצה אפי' מחזי כמקח כמבואר בתוס' לעיל פ"ט: ב. הרשב"א כתב לעיל בדעת רש"י שבכל קציצה אפי' שאין בו תוספת מחזי כמקח. ג. לרמב"ן קציצה של הפועל עצמו אינו אפי' מחזי כמקח אבל קציצה שיאכל בנו אף שאין בו תוספת על דין התורה מ"מ זה מחזי כמקח.

רש"י ד"ה הוא אוכל ופטור. כתב רש"י שמה שהוא אוכל ופטור מן המעשר הוא משום שהתורה זיכתה לו כלשו"פ שפטורים מן המעשר. דברי רש"י לכאורה אינם מובנים שהפטור של לשו"פ הוא כמו הפטור של הפקר ונלמד מקרא דובא הלי שאין לו חלק ונחלה עמך וזה לא שייך לגבי אכילת פועל. ומה שפועל פטור מן המעשר אינו משום שיש פטור מיוחד ממעשר

אלא מפני שאוכל לפני גמר מלאכה ואכילת פועל אינו מקח שקובע למעשר. ואולי כונת רש"י דמבואר בכרכות מ: ובב"ק צ"ד. שלשו"פ שעשאן גורן הוקבעו למעשר מדרבנן. וא"כ קשה אמאי אין בכל לשו"פ חיוב מדרבנן דזכית העני בלשו"פ הוא כמקח שקובע למעשר. ולמד רש"י שהטעם הוא דכיון שהתורה זכתה לעניים אין זה נחשב מקח ואינו קובע למעשר. וזה שכתב רש"י שפועל אוכל ופטור מן המעשר ואין זה נחשב כמקח מפני שהתורה זכתה לו. ומביא ע"ז רש"י שמצאנו גם בלשו"פ שאין הזכיה בהם נחשב מקח לחייב במעשר מדרבנן מפני שהתורה זכתה להם. וגם לעיל פ"ט: כתב רש"י בד"ה ופטורין וז"ל מן המעשר ולא אמר מקח הוא לפי שאין זה תנאי שכרן אלא התורה זכתה להם עכ"ל. הרי שמה שהתורה זכתה להם הוא סיבה שלא יהיה מקח.

השוכר את הפועל לעשות בנט"ר אם לא הודיעם פודה ומאכילן. אי אמרת משל שמים הוא אוכל אמאי פודה ומאכילן. התם משום דמחזי כמק"ט. כתב המהרש"ל שגם אי אמרין משלו הוא אוכל מה שפודה הוא משום דהוי מק"ט דאל"כ מה נ"מ אם הודיעם או לא. אלא דס"ד דהוי מק"ט רק אם משלו הוא אוכל שאז הפועל חשב שיש לו על בעה"ב חוב ממון של אכילה ועכשיו שאין לו זה מק"ט. אבל אם אין זה אלא מצוה בעלמא אין זה מק"ט. ועיין בשיטה בשם הרא"ש שמוסיף ביאור שאם משלו זה בכלל שכרם והוי כאילו התנו לאכול ועל בעה"ב להודיעם ומדלא הודיעם הסכים לדעתם. אבל אם משל שמים הוא אוכל אין זה כאילו התנו דאין זה בכלל שכרם אלא גמילות חסדים שזכתה להם תורה ובאיסורא שלא זכתה להם תורה לא היה מוטל על בעה"ב להודיעם. ומשני דאח"כ אין זה מק"ט אבל חייב לפדות ולהאכילו משום דמחזי כמק"ט. וצ"ב אם אין זה מק"ט מדינא אמאי מחייבים את בעה"ב לפדות הרי מק"ט הוא דין ממוני ולא דין איסור ואם מדינא זה לא מק"ט למה יחשיבו רבנן את זה למק"ט. ועיין בריטב"א שכתב כדברי המהרש"ל דס"ד שזה מק"ט רק אם משלו הוא אוכל. אך בתי"ג הגמ' כתב הריטב"א דאפ"ה מחזי כמק"ט שהרי היו סבורים שימצאו שם מה שיאכלו בתורת צדקה ועל דעת כן נשכרו לו מן הסתם. ואם נשכרו ע"ד כן לכאורה זה מק"ט ממש ולא רק מחזי כמק"ט וצ"ע.

נפתחו חביתיו מאי מק"ט איכא מידע ידע. כתב המהרש"ל ששאלה זו היא בין אם משלו הוא אוכל בין אם משל שמים הוא אוכל שגם אם משלו הוא אוכל מה שבעה"ב חייב להניחו לאכול הוא משום מק"ט. אלא דס"ד שרק אם משלו הוא אוכל זה מק"ט כמו שנתבאר. המהרש"א חולק וס"ל שאם משלו הוא אוכל לא צריך להגיע למק"ט אלא כיון שלא הודיעו בעה"ב שהוא נטע רבעי הו"ל כאילו התנה עמו הפועל שיפדה ויאכל. ושאלת הגמ' מידע ידע הוא רק אם משל שמים הוא אוכל שאז הטעם הוא משום מק"ט. ולכאורה אינו מובן שגם אם משלו הוא אוכל למה היה צריך בעה"ב להודיעו אם הפועל יודע מעצמו. ובכל הראשונים שהובאו בשיטה מפורש כדברי המהרש"ל שגם אם משלו הוא אוכל החיוב לפדות הוא משום מק"ט וא"כ שאלת הגמ' הא מידע ידע הוא גם אם משלו הוא אוכל.

מחזי כמקח טעות. כתב ההגהות אשרי תמיה לי להדר ביה בעה"ב ויאמר כיון שאינם מניחים מלאכול אל תעשו ואני לא התחייבתי לכם לפדות. ותי' דמוכח מכאן דכל כה"ג אין בעה"ב יכול לחזור בו וכיון שנשכרו ע"ד לאכול וכבר אינם יכולים להשתכר במקום אחר חל חיוב על בעה"ב לתת להם מזונות אלו. ולכאורה יש להוכיח מכאן שאם עבר וחסם ולא נתן לפועל לאכול שחייב לשלם ולעיל הובא שנחלקו הראשונים בזה. ועיין בחזו"א מעשרות ס' ד' סק"א ד"ה אמנם שכתב שאין כונת הגמ' שיכולים לחייב את בעה"ב לפדות אלא שאם אינו רוצה לפדות יכולים לחזור בהם אפי' בדבר האבד שע"ד כן נשכרו. ומוסיף החזו"א דבל"ה צ"ל כן דמסתמא הודיע להם קודם שהתחילו במלאכה שאינם יכולים לאכול וא"כ א"א לחייב את בעה"ב לפדות אלא שאם אינו פודה יכול הפועל לחזור בו אפי' בדבר האבד. וא"כ לא קשיא מכאן על הסוברים שאין חיוב ממון על בעה"ב אם לא נתן לפועל לאכול דלא מבואר כאן שחייב בעה"ב לפדות אלא רק שאם אינו רוצה לפדות יכול הפועל לחזור בו אפי' בדבר האבד.

תוד"ה ה"ג. כתבו בשם ר"ח ששאלת הגמ' אמאי פודה הוא שאם משל שמים הוא אוכל צריך להיות שיהיה התר לאכול בלי פדיה ומשני איסורא לא זכי רחמנא. ודברי ר"ח לכאורה צ"ב אמאי ס"ד שיהיה התר לאכול נטע רבעי בלי פדיון. ועוד קשה למה הגמ' שואלת רק על מה דקתני שאם לא הודיעם פודה ומאכילן הרי קשה גם על הרישא השוכר את הפועל לעשות בנט"ר שלו הרי אלו לא יאכלו, אמאי לא יאכלו הרי ס"ד שאם משל שמים הוא אוכל מותר לאכול נט"ר וצ"ע.

אי אמרת משלו הוא אוכל קטנים נמי נקין. דכיון דמשלו הוא אוכל זה בכלל שכר הפועל וזה שלו אם מעלה להם מזונות. אין להוכיח משאלת הגמ' ששכר פעולה של בן קטן הוא לאביו שאפשר לפרש שאלת הגמ' על עבדו ושפחתו הקטנים. אבל מהמשך דברי הגמ' שאחרי שהעמידו את הברייתא שקוצץ גם ע"י עבדו ושפחתו הקטנים במעלה מזונות הקשו אי הכי קטנים נמי נקין, וכונת הגמ' לבנו ובתו הקטנים, מוכח לכאורה ששכר פעולתם של בנו ובתו הקטנים הוא לאב. אמנם השיטה כאן בד"ה ת"ש כתב שרק מציאתו של קטן הוא לאביו אבל שכר פעולתו אפי' של קטן הסמוך על שולחן אביו אינו לאב. ומבאר השיטה ששאלת הגמ' הוא רק על בתו שמעשה ידי הבת הם לאב מן התורה. אך בתוד"ה לא זכי מבואר שפירשו שאלת הגמ' גם על בנו שכתבו שהלשון לא זכי רחמנא הוא לאו דוקא דמציאת קטן ושכרו לאב מדרבנן. ומבואר שעכ"פ מדרבנן זוכה האב בשכר פעולתו של בנו הקטן כמו שזוכה במציאתו. וגם ברש"י מבואר ששאלת הגמ' היא גם על בנו וגם על בתו.

הראב"ד כתב ב' דרכים בביאור תירוץ הגמ' צערא דבנו ובתו הקטנים לא זכי ליה רחמנא. א. סברא מיוחדת לענין אכילת פועל דהוי צער שאינו אוכל בשעת מלאכה. אבל שאר מעשה ידים של קטנים הם לאב. ב. כל מעשה ידים נחשב צערא דבנו ובתו כיון שבא ע"י טורח ולא תקנו שיהיה לאב אלא רק מציאה שבא בלי טירחא.

נמצא דנידון זה דשכר פעולה של בנו הקטן אם הוא לאביו או לא תלוי בשתי מחלוקות בפשט בגמ' כאן. א. פליגי הראשונים אם שאלת הגמ' היא רק על בתו או גם על בנו. ב. את"ל ששאלת הגמ' היא גם על בנו וס"ד ששכר פעולת בנו הקטן לאביו מ"מ י"ל שבת"י הגמ' חזרה מזה. ותלוי בדברי הראב"ד אם ת"י הגמ' הוא על כל שכר פעולה או רק על אכילת פועל. ועיין במחנ"א ה'ל' זכיה ס' ג' שמביא שיטות הראשונים בזה לענין מעשה ידים של קטן אי הוי של אביו או לא, וכתב שנחלקו בזה רש"י והריטב"א ע"ש.

תוד"ה אלא. כתבו שלר"י אידי ואידי באין מעלה להן מזונות. לכאורה כונתם דאפשר לומר דאיירי באין מעלה להם מזונות אבל אין הכרח לומר כן וה"ה דאפשר לומר דאיירי במעלה להן מזונות כמבואר ברש"י. אבל המהרש"א מפרש שכונתם

לומר דאייירי דוקא באין מעלה להן מזונות כדי שלא יקשה אי במעלה בניו נמי, ולא יצטרכו לדחוק דצער בניו הקטנים לא זכי ליה רחמנא.

מתני' קוצץ אדם ע"י עצמו. המנ"ח במצ' תקע"ו מקשה אמאי מהני תנאי שלא יאכל הרי זה מתנה ע"מ שכתוב בתורה. וכתב דהרי דבר שבממון וקי"ל שבדבר שבממון תנאו קיים. אך מקשה המנ"ח שהרשב"א בכתובות נ"ו. מבאר שהמחלוקת אם מתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו קיים או לא בע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה הוא אם כונתו ע"מ שתמחלי וזה מהני או שהכונה היא ע"מ לעקור את הדין וזה לא מהני. והכא לכאורה לא מהני מחילה כיון דקי"ל משל שמים הוא אוכל ואינו זוכה עד שיכניס לפיו א"כ המחילה שמוחל לפנ"כ הוא מחילה על דבר שלא בא לעולם. אך זה קשה רק לרשב"א שלכו"ע א"א לעקור את הדין אפי' בדבר שבממון ומה שמהני התנאי בדבר שבממון הוא רק מפני שכונתו למחול את הממון. אבל הקצה"ח בס' ר"ט סק"א מוכיח דכמה ראשונים ס"ל שלכו"ע כונתו לעקור את הדין ואעפ"כ יש מ"ד דס"ל דתנאו קיים מפני שבממון מי שהדין נאמר לטובתו יכול למחול על דין התורה. ולדבריו שהתנאי הוא מחילת הדין ולא מחילת הממון לכאורה לא קשיא קושיית המנ"ח דזכירת הממון אינו אלא כשאוכל אבל הדין אכילת פועל קיים מיד בתחילת מלאכתו ולגבי מחילת הדין אין זה דבר שלא בא לעולם.

שומרי פירות אוכלין מהלכות מדינה. לשמואל איירי בתלוש לפני גמר מלאכה למעשר שזה הזמן שפועל אוכל מן התורה ומשמר בזמן זה אוכל מדרבנן דמן התורה משמר לאו כעושה מעשה דמי. אבל העושה מלאכה במחובר לפני גמר מלאכה וכ"ש משמר אינו אוכל אפי' מדרבנן. דלשמואל נאמר מהלכות מדינה שמשמר נחשב מלאכה מדרבנן אבל הוא אוכל רק בזמן שאם היה עושה מלאכה גמורה היה אוכל מן התורה. כתב הטור בס' של"ז אין הפועל אוכל אלא כשעושה מעשה אבל אם הוא יושב ומשמר אפי' במחובר בשעת גמר מלאכה אינו אוכל ואין צריך לומר השומר במחובר שלא בשעת גמר מלאכה אבל השומר בתלוש קודם שיגמור מלאכתו למעשר אוכל מהלכות מדינה שנהגו כן. ומקשה המהר"ם כאן אמאי אין המשמר במחובר בשעת גמר מלאכה אוכל מהלכות מדינה הא כל מי שאוכל מן התורה כשעושה מלאכה גמורה אוכל מדרבנן כשהוא משמר. וכתב המהר"ם שאילו היה מציאות של שמירה במחובר בשעת גמר מלאכה היה אוכל מדרבנן אלא שאין מציאות כזה שאם שומר על מה שכבר תלוש זה ביד מי שתלש ולא שייך בזה שמירה של אחר ואם הוא שומר מה שעדיין לא תלוש אין זה שעת גמר מלאכה. וכדברי המהר"ם כתב השיטה בשם הראב"ד שלא שייך שמירה במחובר בשעת גמר מלאכה שאם משמר מה שכבר קצרו שלא יגבסו הקוצרים אין זה שמירת מחובר אלא שמירת תלוש.

ומבואר בראב"ד ובמהר"ם שמהלכות מדינה היה צריך לאכול מי שמשמר במחובר בשעת גמר מלאכה אלא שאין היכא תמצא לזה. אמנם מלשון הטור שכתב שהמשמר במחובר בשעת גמר מלאכה אינו אוכל ואין צריך לומר שהמשמר במחובר שלא בשעת מלאכה אינו אוכל משמע שמדינא אינו אוכל ולא רק מפני שאין מציאות של שמירה במחובר בשעת גמר מלאכה. ונראה דכונת הטור הוא דס"ל שמה שפועל אוכל במחובר בשעת גמר מלאכה אין הפשט שבזמן זה הפועל אוכל אלא שבמחובר פועל אוכל רק כשהוא עוסק בגמר מלאכה. וא"כ אפי' אם יש מציאות של שמירה במחובר בשעת גמר מלאכה לא היה הפועל אוכל אפי' אם משמר כעושה מעשה דמי מפני שאינו עוסק בגמר מלאכה. ולא סגי בעשיית מלאכה במחובר בשעת גמר מלאכה אלא בעינן שמלאכתו יהיה בגמר מלאכה דהיינו קצירה או תלישה. ושפיר כתב הטור שמשמר במחובר בשעת גמר מלאכה אינו אוכל ואין צריך לומר שמשמר במחובר שלא בשעת גמר מלאכה שאינו אוכל.

המשמר ד' וה' מקשאות הרי זה לא ימלא כריסו מאחד מהם אלא מכל אחד ואחד אוכל לפי חשבון. רש"י כתב דאייירי בד' וה' מקשאות של ד' וה' בנ"א. והיינו משום שהיה קשה לרש"י דמבואר במשנה לעיל צ"א: שמונע את עצמו מלאכול עד שמגיע למקום היפות ויכול לאכול את כל אכילתו במקום היפות ואינו צריך לאכול מכל מקום לפי חשבון. לכן כתב רש"י דהכא איירי במקשאות של כמה בנ"א ואינו יכול לאכול משל אחד על חשבון השני.

הרמב"ם כתב בפ"ב משכירות ה"א היה משמר ד' או ה' ערימות לא ימלא כריסו מאחת מהן אלא אוכל מכל אחת ואחת לפי חשבון. ולא נזכר ברמב"ם דאייירי בשל ה' בנ"א. ואף שהמ"מ מביא שם את דברי רש"י ומשמע דס"ל שזה גם כונת הרמב"ם קשה מאד לומר כן ברמב"ם שסתם ולא פירש. ועוד שבאותה הלכה כתב הרמב"ם את הדין שפועל יכול למנוע את עצמו מלאכול עד שיגיע למקום היפות, וזה לכאורה סותר את הדין שאוכל מכל אחד ואחד לפי חשבון, והיה הרמב"ם צריך לבאר שתלוי אם הכל של אחד או שזה של כמה בנ"א. ולכאורה נראה שהרמב"ם מפרש הדין של ד' וה' מקשאות כשהכל של אדם אחד ולא כפרש"י, וס"ל שאין זה סתירה לדין שמבואר במשנה שמונע את עצמו עד שיגיע למקום היפות דהתם איירי בעושה מלאכה ממש, והדין של ד' וה' מקשאות איירי במשמר שאינו אוכל מדינא אלא מהלכות מדינה ובה כיון שכל האכילה הוא חידוש לא נאמר הקולא של מונע את עצמו עד שיגיע למקום היפות אלא אוכל מכל מקום לפי חשבון. ולרש"י תמוה אמאי כתבו את הדין שאם עושה בשל ה' בנ"א שאוכל מכל מקום לפי חשבון במשמר ולא בפועל גמור שאוכל מדינא. ולמד הרמב"ם מזה שדין זה הוא דוקא כשאינו אוכל מדינא אלא רק מהלכות מדינה ולכן אין מזה סתירה לדין של המשנה אף שגם כאן איירי שהכל של אדם אחד.

ארבעה שומרים הן. עיין מה שכתבנו לעיל פ"א. בגדר חיוב השומרים אם האחריות הוא בתולדה מהחיוב שמירה או לא. והובא שהקה"י בס' ל"ח תלה בזה מחלוקת הראשונים אם שומר יכול לחזור בו תוך זמן השמירה כדין פועל שיכול לחזור בחצי היום או לא.

ש"ח נשבע על הכל. פרש"י על כל המאורעות הכתובות בשאר שומרים לחיוב. כתב הריטב"א שכונת רש"י לאפוקי פשיעה שש"ח חייב עליו. דהיינו שהיה קשה לרש"י אמאי קתני שש"ח נשבע על הכל הרי הוא חייב בפשיעה. ותי' דנשבע על הכל היינו על כל מה שנוצר בשאר שומרים לחיוב ש"ח פטור עליו. ולדעת הרמב"ם בפ"ב משכירות ה"ג דס"ל שגם בדברים שנתמעטו מפרשת שומרים יש חיוב על פשיעה משום דנחשב כמזיק ניחא לשון המשנה שכל החיובים שהם מפרשת שומרים ש"ח נשבע עליהם. ושאינו פשיעה שאינו מחיובי פרשת שומרים כלל. ובה ניחא גם מה שנקט התנא שואל משלם את הכל ולא נזכר שפטור ממתה מחמת מלאכה שפטור זה אינו מפרשת שומרים. שהראשונים הקשו לקמן צ"ו: אמאי פטור שואל במתה מחמת מלאכה הרי הוא חייב בכל אונסין. וכתבו דאיכא פשיעה של המשאיל או מחילה של המשאיל כמו שיבאר שם. והמחנ"א כתב שזה שאלה בטעות שאם היה יודע שאין הפקדון ראוי למלאכה זו לא היה מקבל אחריות. וא"כ אין הפטור

מעיקר דיני השומרים אלא פטור צדדי של מחילה או טעות. ולכן לא נזכר פטור זה במשנה שהמשנה עוסקת רק בחיובים ופטורים שהם מפרשת השומרים ולא בפשיעה שחיובו מדין מזיק ולא בממ"מ שהוא פטור של מחילה או טעות. ורש"י כאן והתוס' לקמן צ"ד: דקשיא להו אמאי לא קתני שש"ח חייב בפשיעה היינו משום דס"ל שפשיעה הוא חיוב מפרשת שומרים והיכא דנתמעט מחיובי השומרים פטורים גם מפשיעה.

נושא שכר והשוכר משלמין את הגניבה והאבידה. נחלקו הראשונים לענין גניבת אונס בש"ש. שיטת התוס' בב"ק נ"ז. והרא"ש לעיל מ"ב. שחייב, ומסקנת התוס' לעיל מ"ב. שפטור. וב' טעמים נאמרו בראשונים לחייב ש"ש בגניבת אונס. א. התוס' בב"ק והרא"ש לעיל כתבו כיון שכל גניבה הוא קרוב לאונס ואעפ"כ התורה מחייבת לא חלקה תורה בין גניבה רגילה לגניבת אונס. ב. הרא"ש מוסיף טעם נוסף שאפי' הטמין ק' אמה בקרקע אין זה נחשב אונס לגבי ש"ש שחיובו לעמוד בעצמו ביום ובלילה לשמור. ואין לפטור ש"ש אלא כשהיה שם ולא היה יכול לשמור כגון שבאו לסטים מזוין. ועיין בקצה"ח בס' ש"ג סק"א שכתב שלפי דברי התוס' שטעם החיוב הוא משום דכל גניבה הוא קרוב לאונס אין לחייב ש"ש אלא בגניבת אונס ולא באבידת אונס. ואף שהטור בס' ש"ג כתב בהדיא שש"ש חייב גם באבידת אונס היינו משום שהטור שם כתב הסכרא השניה של הרא"ש שמה שחייב בגניבת אונס היינו משום שחייב לעמוד בעצמו ביום ובלילה לשמור, ולענין זה אין לחלק בין גניבה לאבידה. גם הני"י כאן כתב שש"ש חייב בגניבת אונס בין באבידת אונס.

לשיטת התוס' שכנגיבת אונס ש"ש חייב מפני שכל גניבה הוא קרוב לאונס ובאבידת אונס ש"ש פטור יוצא שמה שנאמר כאן במשנה שנושא שכר והשוכר משלמים את האבידה ואת הגניבה לא הרי אבידה כהי גניבה. דבאבידה נאמר על איזה דרגת אונס ש"ש חייב, שעל אונס כעין אבידה הוא חייב ועל אונס גדול יותר מכעין אבידה הוא פטור. וגניבה אין הכונה אונס כעין גניבה שלגבי גניבה חייבים אפי' על אונס גמור אלא על מציאות של גניבה ש"ש חייב בכל דרגת אונס שיהיה. וע"ע מה שכתבנו בס"ד בענין גניבת אונס בש"ש בסמוך על תוד"ה א"ה וכן לעיל מ"ב. ולקמן צ"ה.

הא נטר כדנטרי אינשי. כתב רש"י דאין זה אבידה אלא אונס. הקצה"ח בס' ש"ג סק"א כתב שלמה שכתבו התוס' בב"ק שש"ש חייב על גניבת אונס מפני שכל גניבה קרובה לאונס גם רבה יכול לסבור שש"ש חייב על גניבת אונס ומה שפוטור רבה משום דנטר כדנטרי אינשי הוא כשלא נגנב אלא נאבד. ור"ה ורבה בר רב הונא שחולקים על רבה ומחייבים מפני שטוען להכי יהי לך אגרא לנטורי לי נטירותא יתירתא היינו שמתעם זה חייב גם באבידה אבל בגניבה בל"ה חייב ש"ש לכו"ע אפי' בדנטר כדנטרי אינשי שאפי' על גניבת אונס חייבים. ולא כמהרש"ל שמביא שם הקצות דפשיטא ליה שגם המחייבים בגניבת אונס לא כתבו כן בדעת רבה, דרבה בודאי פוטור גניבת אונס דס"ל שכל דנטר כדנטרי אינשי פטור. ולקצות מדוקדק לשון רש"י שכתב ואין זה אבידה אלא אונס ולא הזכיר גניבה. אבל לדעת הני"י שכתב שגם על אבידת אונס חייבים דצריך לעמוד בעצמו לשמור ביום ובלילה עכ"ל כמהרש"ל דרבה לא ס"ל כלל זה דס"ל דסגי בנטר כדנטרי אינשי. ומה דקי"ל שחייבים על גניבה ואבידת אונס היינו למאי דקי"ל דלא סגי בנטר כדנטרי אינשי ודלא כרבה.

הנתיבות בס' ש"ג סק"ב תמה על דברי הקצות דאם רבה ס"ל שחייבים על גניבת אונס ומה שפוטור בנטר כדנטרי אינשי הוא רק באבידה מה שאלת הגמ' על רבה מאלו הן האונסין שש"ש פטור עליהם כגון ותפול שבה ותקחם, הרי שם איירי בגניבה ובזה חייבים גם על אונס ופטורים רק כגון ותפול שבה דהוי כליסטים מזוין, ורבה לא פטר אלא באבידה ולא בגניבה. ומוכח מזה כדברי המהרש"ל שדברי הראשונים המחייבים על גניבת אונס הוא רק למאי דלא קי"ל כרבה ורבה פוטור גם גניבת אונס.

הרשב"א כאן מקשה אמאי לא משכחת טוען טענת גנב בש"ש בטוען שנגנב בעידנא דעיילי אינשי שפטור לרבה. [מזה הוכיחו התוס' בב"ק נ"ז. ש"ש חייב על גניבת אונס]. ומתוך הרשב"א דמה שרבה פוטור על בעידנא דעיילי אינשי הוא משום שלא קיבל על עצמו לשמור אלא כדרך השומרים שלא ישן ולא יכנס לעיר בזמן שאין דרך בני"א לעשות כן. אבל בזמן שהדרך לישון או ליכנס לעיר לא קיבל על עצמו שמירה. ואם טוען שנגנב בזמן שהדרך לישון או ליכנס לעיר הרי זה כטוען שלא קיבל שמירה כלל ואין בזה חיוב של טוען טענת גנב. אבל בעידנא דלא עיילי אינשי אפי' אם נגנב ממנו באונס גמור שהטמין בקרקע ק' אמה או הקיף מחיצה של ברזל הוא חייב. וזה דלא כדברי הקצות ולא כנתיבות. שמפורש ברשב"א שגם רבה מחייב בגניבת אונס ולא כמהרש"ל והנתיבות שאל"כ דרבה כו"ע מודו שאין חיוב בגניבת אונס. אך מפורש ברשב"א גם לא כקצות שכתב שרבה פטר רק באבידה ולא בגניבה אלא אף שמחייב רבה גניבת אונס מ"מ בעידנא דעיילי אינשי הוא פטור גם על גניבה שאינו שומר בזמן זה. ועיין באו"ש בחידושי שכתב כן מדעת עצמו וחולק על הקצות, וכדבריו מבואר ברשב"א כאן. אך בתוס' לעיל מ"ב. ובב"ק נז. מבואר שלרבה משכחת טט"ג בש"ש כשטוען שנגנב בעידנא דעיילי אינשי. וזה דלא כרשב"א.

נמצא ג' שיטות בזה. א. הקצות ס"ל שרבה מחייב גניבת אונס ומה שפוטור בדנטר כדנטרי אינשי הוא רק באבידה ולא בגניבה. ב. הנתיבות והמהרש"ל ס"ל שמה שכתבו הראשונים שש"ש חייב בגניבת אונס הוא לא אליבא דרבה דרבה ס"ל דסגי בנטר כדנטרי אינשי ואינו מחייב לא על גניבת אונס ולא על אבידת אונס. ג. הרשב"א ס"ל שרבה מחייב גניבת אונס ואעפ"כ הוא פטור כנגנב כשעייל בעידנא דעיילי אינשי שבזמן זה אינו שומר כלל. ולכן לא משכחת בזה טוען טענת גנב שאין הפטור מפני שנגנב אלא מפני שאינו שומר בזמן שאין הדרך לשמור.

הייתי ביום אכלני חורב. הגמ' שואלת מזה על רבה דס"ל דסגי בנטר כדנטרי אינשי, ומשני שבאמת לא היה יעקב אבינו מחויב בשמירה זו אלא נטר נטירותא יתירתא כדן חזני מתא. אך כ"ז לרבה אבל למאי דקי"ל דלא כרבה משמע שמה שעשה יעקב אבינו הוא מדינא ולא שהחמיר על עצמו. וכן מבואר ברא"ש בפרק המפקיד שכתב שש"ש חייב אפי' בגניבת אונס ומביא ע"ז את דברי רב אחאי בשאלתות שש"ש חייב למיתב בהדה ולנטורה ביממא ובליילא שנא' הייתי ביום אכלני חורב וקרח בלילה. הרי שלמד מכאן לכל אדם. וזה דלא כמבואר כאן שיעקב אבינו החמיר על עצמו. אלא שהגמ' כאן לרבה ודברי השאילתות הם למאי דקי"ל דלא כרבה.

רועה שהניח עדרו ובא לעיר. יש ג' אופנים בזה א. על בעידנא דעיילי אינשי. ב. על בעידנא דלא עיילי אינשי. ג. שמע קול אריה ועל. היכא דעל בעידנא דלא עיילי אינשי זה פשיעה גמורה ובוזה מבואר בגמ' שאפי' אם אומדים שגם אם היה שם לא היה יכול להציל הוא חייב מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס. הרי"ף בפרק המפקיד פסק שאפי' בעל בעידנא דלא עיילי אינשי אם אומדים שאם היה שם לא היה יכול להציל הוא פטור. גם הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ה פסק בזה כרי"ף. השיטה כאן בשם הראב"ד תמה על הרי"ף בזה. אך שיטת הרי"ף שם בהמפקיד הוא שמה שהגמ' שואלת כאן תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא

אביי לשיטתו דס"ל בהמפקיד ל"ו: גבי פשע בה ויצאה לאגם לדעת הרי"ף דלמאן דמחייב תחילתו בפשיעה וסופו באונס לא בעינן שיהיה האונס מחמת הפשיעה. אבל למאי דקי"ל כרבא שם דליכא חיוב בתחילתו בפשיעה אא"כ האונס בא מחמת הפשיעה אין לחייב כאן אם לא היה יכול להציל אפי' על בעידנא דלא עיילי אינשי. אבל שיטת התוס' לעיל ע"ה. שגם לאביי בעינן אונס מחמת הפשיעה והכא חשיב אונס מחמת הפשיעה דהיכא דאיכא פשיעה גמורה אמרינן שמא אם היה שם היה מוליכם למקום אחר או שמא היה מקיים בעצמו גם את הארי הכה עבדך. ולתוס' היכא דעל בעידנא דלא עיילי אינשי הוא חייב מדין תחילתו בפשיעה אפי' אם אמדינן שלא היה יכול להציל. ורק היכא שלא היה פשיעה בכניסה אמדינן אם היה יכול להציל או לא ולא אמרינן אילו היה שם היה מציל. ועיין לעיל ע"ה. מה שכתבנו עוד בזה בשם הראב"ד.

היכא דעל בעידנא דעיילי אינשי לרבה הוא פטור אפי' אם אומדים שאם היה שם היה יכול להציל כיון דנטר כדנטרי אינשי. לאביי אם היה יכול להציל הוא חייב אף דאין זה פשיעה גמורה מ"מ הוי כעין גניבה ואבידה. ואם לא היה יכול להציל הוא פטור דאין זה פשיעה גמורה שנאמר בזה תחילתו בפשיעה וסופו באונס אלא כעין גו"א ותחילתו בגניבה ואבידה וסופו באונס פטור כמבואר בתוד"ה א"ה. והיכא דשמע קול אריה ועל אם לא היה יכול להציל ליכא פשיעה כלל שהרי נכנס מחמת האריה. ואם היה יכול להציל זה פשיעה וחייב.

אומדים אותו אם היה יכול להציל חייב ואם לאו פטור. כתב הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ח שאם אין ידוע אם היה יכול להציל או לא חייב. ואינו מוכן אמאי משלם מספק. וכתב ע"ז הכ"ז בס' ש"ג והובא בש"ך שם סק"י שהדרך הוא שיכול להציל. ותמה ע"ז הש"ך מנין לומר כן דפעמים שאין בידו להציל. וכתב הש"ך שאם אין ידוע השומר חייב מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, שהוא מחויב שכורה שלא פשע ואינו יכול לישבע מפני שאינו יודע אם זה פשיעה או לא. הקצות בס' ש"מ סק"ד כתב דבכה"ג מחייבים את השומר מדין איני יודע אם פרעתוך ע"ש. ומה דנקט הש"ך דכה"ג איכא מתוך אינו מוכרח לפי מה שמובא בסמוך בשם הקצות על הספק של רועה מזוין ולסטים מזוין ע"ש.

תוד"ה אי הכי. הוכיחו מכאן דתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור דאל"כ אמאי לא קשיא נמי לאביי דאיירי בעל בעידנא דעיילי אינשי הא אביי ס"ל שחייבים ע"ז וא"כ יתחייב אפי' אם לא היה יכול להציל מדין תחילתו בפשיעה, אלא מוכח דרק בפשיעה גמורה אמרינן הכי ולא בתחילתו בגו"א. רע"א לעיל ל"ו. בסוגיא דשומר שמסר לשומר באות כ"ט כתב שלר"ף אין ראיה שתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור. ומבאר רע"א דאיכא ב' דרכים לפרש את הדין של תחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב. א. שהפשיעה עצמה מחייבת ומשעבדת נכסיו אא"כ לא קרה נזק כלל. ולכן הוא חייב אפי' אם היה סופו באונס מפני שכבר נתחייב ע"י הפשיעה. ב. אונס שנגרם ע"י פשיעה אין בו פטור של אונס שהפטור של אונס הוא משום מאי הוי ליה למעבד, והיכא שהאונס בא ע"י פשיעה ליכא טענה מאי הוי ליה למעבד שהרי אם היה עושה מה שמוטל עליו לא היה מגיע האונס. וכתב רע"א ב' נ"מ מסברות אלו. א. לטעם הראשון הוא חייב אפי' אם אין האונס בא מחמת הפשיעה שכבר נתחייב ע"י הפשיעה. ולטעם השני בעינן אונס מחמת הפשיעה. ב. הטעם הראשון שייך רק בפשיעה גמורה דכיון שהדבר קרוב לאיבוד כבר מתחייב השומר מיד כשפשע אבל בגניבה ואבידה אין החפץ קרוב לאיבוד ואין לחייב עדיין עד שיהיה הנזק משא"כ לטעם השני כמו שאונס שבא מחמת פשיעה דינו כפשיעה כך אונס שבא מחמת גניבה ואבידה אין דינו כאונס אלא כגו"א. וא"כ אף שצדקו התוס' שמוכח מדברי אביי שתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור מ"מ לדברי הרי"ף זה הכל אביי לשיטתו דס"ל שחייבים גם אם האונס לא בא מחמת הפשיעה. וזה משום דס"ל שהמחייב הוא הפשיעה וזה שייך רק בפשיעה גמורה ולא בכעין גו"א. אבל למאי דקי"ל שחייבים רק כשהאונס בא מחמת הפשיעה וסיבת החיוב הוא משום שאונס שבא מחמת פשיעה אינו נחשב אונס א"כ ה"ה שיש לחייב תחילתו בגו"א וסופו באונס.

עוד ראיה הביאו התוס' שתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור מדברי רב שפוטל לעיל ל"ו. ש"ש שמסר לש"ח אף דגרועי גרעה לשמירתו שהרי מסור לבן דעת. ואיך פוטל רב הרי הוא חייב בשמירה של ש"ש והש"ח אינו שומר אלא כש"ח א"כ יש כאן הורדה בשמירה ונחייב אפי' על אונס מדין תחילתו בפשיעה וסופו באונס, אלא מוכח דתחילתו בגו"א וסופו באונס פטור. וכתבו שאינו ראיה דאף שש"ח אינו מחויב בשמירה כש"ש מ"מ סתם ש"ח רגיל לשמור יותר ממה שהוא מחויב וליכא בזה פשיעה כלל אפי' לענין גו"א דאף שאינו אחראי על גו"א מ"מ הרגילות שהוא שומר כש"ש. ויש לעיין בזה לפי מה שכתבו הראשונים שש"ש חייב לעמוד בעצמו ביום ובלילה לשמור קשה לומר שגם ש"ח שאינו חייב בזה ישמור כמו ש"ש. ועוד דמבואר בריש המפקיד דשמירה של ש"ח בכלים הוא דבר שאין בו טורח, ואם סתם ש"ח שומר כש"ש ועומד ביום ובלילה ושומר בודאי שיש בזה טורח מרובה. וגם עצם דברי הראשונים שיש בש"ש חיוב מדינא לעמוד ביום ובלילה לשמור הוא דבר תמוה. ולכאורה היה נראה דלכו"ע אינו חייב לעשות כן בפועל אלא שאינו נפטר מחיוב האחריות שעליו אא"כ שמר בעצמו ביום ובלילה. אבל אם אינו חושש להתחייב במקרה שיהיה נזק, מצד חיוב השמירה שעליו סגי ליה במחיצה של ברזל או שיניח בקרקע. ומה דילפינן מיעקב אבינו הוא רק שיש חיוב אחריות ע"ז. ומה שיעקב אבינו בעצמו שמר באופן זה אינו אלא מידת חסידות. וכן מה שכתבו הראשונים שש"ש חייב גם אם תקפו חולי, וכי חייב השומר לשמור כשתקפו חולי, אלא פשוט שאין כונתם שיש ע"ז חיוב שמירה אלא שזה כלול בחיוב האחריות של ש"ש. וכן מה שצריך לעמוד ביום ובלילה אין זה חיוב שמירה אלא חיוב אחריות. אלא כיון שחיוב האחריות של ש"ש הוא גדול יותר משל ש"ח הוא מוסר נפשו לשמור יותר מש"ח. וע"ז כתבו התוס' סתם בן דעת שומר כש"ש גם כשהוא ש"ח. אבל אין הכוונה שעומד בעצמו ביום ובלילה שגם ש"ש אינו חייב בזה. ועיין לקמן בריש השואל שגם שם משמע כן אך כתבנו שם שבדברי המחנ"א שומרים ס' י"ח מבואר שלא ס"ל כן ע"ש.

ובזה יובן הספק של הגמ' בסמוך ברועה מזוין ולסטים מזוין אי אמרינן שאין זה אונס משום דאוקי גברא להדי גברא או שזה אונס משום שהלסטים מוסר נפשו טפי. ולכאורה תימה למה יש צד שאין זה אונס וכי יש ה"א לחייב את הרועה לסכן את חייו כדי להציל ממון חברו. ומה טענת הגמ' אוקי גברא בהדי גברא הרי אין סיבה לחשוב שעדיף כחו של הרועה יותר מהלסטים א"כ זה ספק סכנה ופשוט שאינו חייב בזה. אלא ברור שאין צד שהוא מחויב להציל באופן זה אלא רק שיש צד שאין לזה דין שבויה דקרא וזה כלול בחיוב אחריות של השומר אף שאין זה כלול בחיוב שמירה שלו.

מאי אריא ש"ש. מה שפשוט לגמ' שרועה הוא ש"ש עיין בריטב"א בתחילת הסוגיא דסתם רועה הוא בשכר. והרשב"א כאן כתב באופן אחר ע"ש.

לכושרא דחיותא א"נ לטירחא יתירא. נחלקו הראשונים כמה משלם ש"ש שהיה יכול לקדם ברועים ובמקלות בכדי דמיהן ולא קדם. הרמב"ם כתב בפ"ג משכירות ה"ו שש"ש צריך לקדם עד כדי דמיהן ואם לא עשה כן הרי זה פושע וחייב. וכתב הראב"ד שאינו משלם כל דמי הבהמה אלא כמה ששוע ההנאה של כושרא דחיותא או מה שהיה משלם כדי שלא יצטרך לטרוח לקנות בהמה אחרת. המ"מ כתב שהדין פשוט כראב"ד ואפשר שגם הרמב"ם מודה לזה. וכן מביא בשם הרמב"ן אלא שהרמב"ן מסיים וצ"ע. המ"מ הביין שמה שכתב הרמב"ן וצ"ע היינו דמספקא ליה שמא משלם הש"ש כל דמי הבהמה ואינו מנכה מה שהיה צריך להוציא כדי להציל. וע"ז כתב המ"מ שמסברא אינו נראה כן אלא כראב"ד. וכתב המ"מ שאין זה כונת הרמב"ן דפשוט שאינו משלם יותר ממה שהפסיד לבעלים אלא שמספקא לרמב"ן שמא באופן שדמי רועים ומקלות הוא כדי דמיהן אינו משלם כלל דהנאת כושרא דחיותא וטירחא יתירא אין גופו ממון ולא משלמים ע"ז. ומה שמבואר בגמ' הוא רק לענין חיוב שמירה ולא לחיוב תשלומין. הנ"י כתב שמשלם כל דמי הבהמה ולא מנכים מה שהיה משלם כדי להציל. ומוסיף שכן משמע ברמב"ם. גם השיטה בד"ה א"ה כתב ב' דרכים בזה אם משלם הכל או רק כפי שוויות הכושרא דחיותא.

נמצא ג' דרכים בזה. א. לנ"י ופשוט אחד בשיטה וכן צד אחד ברמב"ן להבנת המ"מ משלם כל דמי הבהמה. ב. לראב"ד ומ"מ בדעת הרמב"ם ופשוט אחד בשיטה משלם רק מה ששוע הכושרא דחיותא. ג. לצד אחד ברמב"ן להבנת המ"מ אינו משלם כלל. ועיין מה שכתב בענין זה הדבר אברהם ח"א ס"ט אות ד'.

איבעי לך לעבורי חזא חזא. כתבו התוס' דמדמייתי לה הכא משמע שאין זה פשיעה דנטר כדנטרי אינשי ולרבה יהיה פטור, ובש"ח לכו"ע יהיה פטור. אלא ר"פ ס"ל כר"ה ורבה בר ר"ה שבש"ש יש סברא שלהכי יהי לך אגרא לנטורי נטירותא יתירא. וכתבו התוס' דבב"ק פליגי אמוראי בדחפתה חברתה ונפלה והזיקה אי הוי פשיעה או לא והכא קאי כמ"ד שאין זה פשיעה ורק ש"ש חייב ע"ז. הריטב"א מקשה דא"כ קשיא הלכתא אהלכתא דבב"ק ק"ל כרב כהנא דדחפתה חברתה הוי פשיעה וכאן ק"ל שרק ש"ש חייב ע"ז. וכתב הריטב"א בשם הרמב"ן דמה שמבואר כאן שאין זה פשיעה אין זה מפני שזה בגדר רוח שאינה מצויה אלא משום דש"ח אינו מקבל על עצמו יותר משמירה כדנטרי אינשי. ואינו דומה לגמ' בב"ק דאיירי לענין שמירת נזקין דאינו תלוי בקבלתו אלא התורה מחייבת כל אדם לשמור ממונו שלא יזיק ולענין זה אין פטור אא"כ זה שמור לכה"פ שמירה פחותה דהיינו כדלת שיכולה לעמוד ברוח מצויה.

ביאור מחלוקת התוס' והריטב"א בזה הוא דיש להסתפק בהא דש"ח פטור לכו"ע היכא דנטר כדנטרי אינשי. אם מה שנטרי אינשי הוא סימן שזה נחשב שמור שאם היה רוח מצויה שינזק למה אינשי מסתפקים בשמירה זו. או שמה דנטרי אינשי כך אינו ראייה שזה שמור אלא שזה גופא סיבת הפטור שאין השומר מקבל לשמור יותר ממה שדרך העולם לשמור. והנ"מ מזה הוא כשמירת נזקין שאינו תלוי בקבלתו. התוס' ס"ל שכדנטרי אינשי הוא הוכחה שזה שמור וא"כ זה פטור גם לגבי שמירת נזקין. ולכן כתבו שהגמ' כאן קאי למ"ד בב"ק שאין זה פשיעה. אבל הריטב"א ס"ל שאין זה ראייה שזה שמור אלא סברא שאינו מקבל לשמור יותר. וזה שייך רק בשומר שחיובו מחמת קבלתו משא"כ לגבי נזקי ממון שלא תלוי בקבלתו אין פטור של נטר כדנטרי אינשי. וכדברי הריטב"א כתב הנ"י כאן שלגבי נזקי ממון אין פטור של על בעידנא דעיילי אינשי שאין חיובו תלוי בקבלתו ע"ש.

רצה נשבע רצה עושה עמו דין. הראשונים בב"ק ק"ח: מפרשים עושה עמו דין שהשומר תובע את הגזולן לדין. רש"י כאן ובב"ק אינו מפרש כן אלא מפרש עושה עמו דין היינו שמשלם לבעלים והוא נפרע מן הגנב. ועיין מה שכתב הרשב"א בב"ק על דברי רש"י. ומה שחייב ש"ש להעמיד את הגזולן לדין הוא משום שש"ש פטור בלסטים מזוין הוא משום שאין בידו להציל אבל עכשיו שהוכר הגנב ואפשר להעמידו לדין חזר להיות מצב שאפשר להציל א"כ חזר חיובו להציל מדין ש"ש.

רבא ס"ל שם בב"ק אחד ש"ח ואחד ש"ש עושה עמו דין ואינו נשבע. דס"ל שאם הוכר הגנב ויש אפשרות להציל את הפקדון גם ש"ח חייב להעמיד את הגזולן בדין כיון שיכול להציל. אך זה דוקא כשנמצא הגנב לפני שנשבע הש"ח אבל אם נשבע ואח"כ נמצא הגנב אין ש"ח צריך לעשות עמו דין. וש"ש עושה עמו דין גם אם נשבע לפני שנמצא הגנב. וצריך להבין אמאי איכא חילוק בין ש"ש לש"ח לענין זה. בשלמא אי אמרינן שש"ש עושה דין וש"ח אינו עושה דין ניהא דש"ש חייב יותר לטרוח בהצלת הפקדון מש"ח. אבל לרבא כשהוכר הגנב גם ש"ח וגם ש"ש עושים עמו דין א"כ גם ש"ח מחויב בטרוח זה ולמה כשנשבע לפני שהוכר הגנב יש הבדל בין ש"ח לש"ש. השיטה בב"ק בשם הרמ"ה מבאר ענין זה דאף שאם הוכר הגנב גם ש"ח חייב לטרוח להציל ולהעמיד את הגזולן בדין מ"מ כשעדיין לא הוכר הגנב יש הבדל בין ש"ש שחייב לטרוח לחפש את הגנב וש"ח אינו חייב בטרוח זה. א"כ כשש"ש נשבע לפני שהוכר הגנב השבועה היא רק כדי שיפטר מתשלום עכשיו, אבל לא פקע מיניה דין שומר אף שנשבע דאכתי רמי עליה לחפש את הגנב. וא"כ כשהוכר הגנב אחרי השבועה הש"ש הוא עדיין שומר דמעולם לא פקע שם שומר מיניה שכל הזמן היה עליו חיוב לחפש את הגנב. משא"כ ש"ח אינו חייב לחפש את הגנב וכשהוא נשבע לפני שהוכר הגנב פקע מיניה כל דין שומר וכיון שכבר אינו שומר חזר ומתחייב כשמוצאים אח"כ את הגנב. ורק כשמצאו את הגנב לפני שנשבע שעדיין לא פקע מיניה דין שומר הוא חייב לעשות עמו דין.

זאב אחד אינו אונס. כתב הקצה"ח בס' ש"ג סק"ג שלא נאמר במשנה שזאב אחד הוא פשיעה אלא שאינו אונס ורק ש"ש חייב ע"ז ולא ש"ח. וכ"כ הגוב"י שהובא בפת"ת שם סק"ו. וכתב הטור שם בשם הרמ"ה שמה שזאב אחד אינו אונס היינו אם כשבא הזאב השומר הלך ולא השתדל להציל. אבל אם רצה להציל ולא הצליח גם בזאב אחד הוא אונס ופטור. וכן פסק הרמ"א שם סע' ה'.

לסטים מזוין ורועה מזוין מהו. לכאורה אינו מובן איזה צד יש לומר שאין זה אונס וכי ש"ש מחויב לסכן את חיו כדי להציל ממון חברו. עיין מה שכתבנו בזה בס"ד לעיל על תוד"ה א"ה. לגרסא שבפנינו נפשט ספק זה דהוי אונס ואין השומר חייב. הנ"י לעיל ו: כתב שהרי"ף סתם לקולא בספק זה אף שלא נפשט משום דספק ממון לקולא ודינו כאילו נפשט לקולא דלא מהני תפיסה בספק. ומבואר שלא גרס כגרסתינו אלא דהוי בעיא דלא אפשר. גם הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ד פסק לקולא. וכתב המ"מ דמספק פסק הרמב"ם לקולא אף שלא נפשט הספק. וכתב ע"ז הכ"מ דבנוסחי דידן נפשט דפטור.

הקונה"ס בכלל ב' אות א' מביא שהרמב"ן ס"ל בדעת הרי"ף דכשם שקי"ל בספק במציאות תקפו כהן מוציאים מידו כך בספיקא דדינא לא מהני תפיסה, ולא כרא"ש דס"ל בדעת הרי"ף דספיקא דדינא שאני ובזה אין מוציאים מיד התופס. הרמב"ן

מביא ראייה לדבריו שבכמה מקומות שיש בגמ' בעיא דלא אפשר הר"ף סתם לקולא כאילו נפשט. ואם בספק מהני תפיסה היה צריך הר"ף לומר דהוי ספק. הש"ך בתקפו כהן ס' ט' כתב שחפשו ולא מצא ברי"ף שסתם לקולא במקום שנשאר ספק בגמ'. ומוסיף הש"ך דאפשר שסמך הרמב"ן על ספק זה של רועה מזוין ולסטים מזוין, אך גם ראייה זו דוחה הש"ך דס"ל שהעיקר כגדרת הספרים דנפשט ספק זה. וכתב הקונה"ס שמה שכתב הש"ך שכונת הרמב"ן לגמ' זו הוא אמת שהרמב"ן בב"מ ו: מביא בהדיא מגמ' זו.

הקצה"ח בס' ש"מ בסוף סק"ד מקשה על הסוברים דלא נפשט ספק זה אמאי פטור השומר מספק הרי הוא מחויב שבועה על טענת נאנסו, וכיון דהוי ספק אי חשיב אונס או לא אינו יכול לישבע ומתוך שאינו יכול לישבע ישלם. וכתב הקצות דאין זה נחשב אינו יכול לישבע שאם אין השומר יודע את המציאות אם היה אונס או לא הוא אינו יכול לישבע אבל כאן הוא יודע את המציאות אלא שיש ספק בדין אם זה נחשב אונס או לא ושפיר יכול לישבע שקרה כך וכך ובי"ד יחליטו אם זה אונס או לא. ועל הצד שזה אונס הרי הוא נשבע שנאנס. אך מקשה הקצות לסוברים שאם יש ספק אם היה אונס או לא זה נחשב אינו יודע אם פרעתין א"כ גם בספק בדין יחשב אינו יודע אם פרעתין ויתחייב השומר מספק. וכתב הקצות שע"כ צ"ל דגרסינן הכא כגדרת הספרים שלנו שנפשט הספק.

גנבא סריא. הקצות בס' ש"ג סק"ב כתב בשם המהרי"ק שאפי' אם כונתו של השומר היתה לטובה הוא חייב דכיון שהוא ש"ש הוי ליה לדקדק שלא יבא נזק על ידו. אבל ש"ח אם כונתו לטובה פטור דאין זה פשיעה. ומביא הקצות ראייה לדבריו מהגמ' לעיל מ"ב: ששומר שנתן לאמו ולא אמר לה שזה פקדון וטוען שחשב שע"ז היא תשמור יותר טוב פטור שאין זה פשיעה. וכתב שם הנ"י שרק ש"ח פטור בטענה זו שאין זה פשיעה כיון שחשב לטובה אבל ש"ש היה לו לדקדק וחייב אף שכונתו היתה לטובה דאין זה אונס.

מתנה ש"ח להיות פטור משבועה. כתב בהגהות אשרי דבדוקא קתני להיות פטור משבועה ולא מחיוב של פשיעה דע"ז לא מהני תנאי. עיין מחנ"א הל' שאלה ס' א' דפשוט שאם מתנה שלא יתחייב בשמירה כלל אפי' מפשיעה שיהיה פטור דאינו שומר כלל. וההג"א איירי שמקבל על עצמו חיוב שמירה אלא שמתנה שלא יתחייב בתשלומין אם יפשע. וס"ל שע"ז לא מהני תנאי שאין חיוב מפרשת שומרים אלא מדין מזיק, וכשיטת הרמב"ם שגם בעשו"ק שנתמעטו משמירה יש חיוב על פשיעה מפני שנחשב כמזיק. אך אכתי דבריו צ"ב שאפי' במזיק ממש מהני תנאי לפטור דתנן בב"ב צ"ב. קרע כסותי חייב ע"מ לפטור פטור. וצ"ל שהראשונים הקשו איך מהני מחילה בקרע כסותי ע"מ לפטור הרי זה מחילה על דבר שלא בא לעולם שלא חל החיוב עד אחרי הנזק. וכתב בזה הר"ן בכתובות מ. בשם הרמב"ן ב' דרכים. א. דהוי סילוק וס"ל דמהני סילוק גם בדאורייתא. ב. שאין זה מחילה אלא מזיק ברשות וכזה מזיק אינו מחייב תשלום. ואם זה סילוק גם כאן יועיל סילוק, אבל אם זה מזיק ברשות זה שייך רק כשיש רשות להזיק אבל כאן שחייב בשמירה ואסור לפשוט ולא התנה אלא שיהיה פטור מתשלומין אין זה מזיק ברשות ומחילה על התשלומין הוא מחילה על דבר שלא בא לעולם.

התוס' לעיל צג: ד"ה א"ה כתבו שאם שומר מסר לש"ח אחר והתנה ופטריה מפשיעה אין זה פשיעה כלפי השומר הראשון שרגיל השני לשמור אף שלא יתחייב לשלם. וכתב התפארת שמואל על ההג"א הנ"ל שמבואר בתוס' שחולק על ההג"א וס"ל שמהני תנאי לפטור ש"ח מחיוב על פשיעה. וזה משום דשיטת התוס' שגם פשיעה הוא חיוב מפרשת שומרים ובעשו"ק שאין דיני שומרים גם פשיעה פטור לכן ס"ל דמהני תנאי לפטור מחיוב זה כמו שמהני לפטור משאר חיוב השומרים. וכן מבואר בשיטמ"ק בשם רבינו יהונתן שכתב שמה שלא נקט התנא מתנה ש"ח שלא לשלם על פשיעה משום דאין הדרך להתנות ע"ז. ומבואר שאם יתנה מהני. ויש לבאר דבריו בב' אופנים. א. ס"ל כשיטת התוס' שפשיעה אינו מדין מזיק אלא מחיוב השומרים. ב. ס"ל שקרע כסותי ע"מ ליפטר פטור משום דהוי סילוק וגם כאן אם מתנה ליפטר מפשיעה המפקיד מסתלק מחיוב זה.

תנאי שיש מעשה בתחילתו. שיטת רש"י ורוב הראשונים שתנאי קודם למעשה הוא דין בסדר אמירת התנאי שיקדים אמירת התנאי לאמירת המעשה כדי שבתחילת אמירת המעשה כבר שיהיה תנאי שקדמו. וכן דעת הראב"ד בפ"ו מאישות ה"ד. הרמב"ם שם חולק וס"ל שאינו דין באמירה אלא שאמירת התנאי תקדם לעשיית המעשה. שלא יתן לאשה כסף לשם קידושין ואח"כ יאמר את התנאי אלא יקדים את התנאי למעשה הקידושין. ותמה הטור באבה"ע ס' ל"ח דלזה לא בעינן ילפותא מבני גד ובני ראובן הרי פשוט שאינו יכול להתנות אחרי שחלו הקידושין. ואפי' אם התנה כן בתוכ"ד של מעשה הקידושין פשוט דלא מהני דלגבי קידושין לא אמרינן תכ"ד כדיבור דמי כמבואר בב"ב קכ"ט: ובגדרים פ"ו. וכתב הכ"מ דאף שתכ"ד לא מהני בקידושין מ"מ אם אומר כדיבור אחד ממש זה המשך של מעשה הקידושין ולולא הלכות תנאים היה מועיל התנאי אחר מעשה הקידושין כשזה כדיבור אחד. הר"ן בגיטין ע"ה: מקשה על הרמב"ם מהגמ' שם ועמש"כ האב"מ בס' ל"ח סק"ח לישב שיטת הרמב"ם.

המל"מ בפ"ו מאישות מסתפק אם מה שצריך להקדים את התנאי למעשה הוא רק בצד של ההזן או שגם בצד הלאו שמזכיר מפני שצריך תנאי כפול צריך להקדים את התנאי למעשה. כגון אם יאמר אם תתני ר' וזו הרי את מקודשת ואין את מקודשת אם לא תתני ר' וזו אם מהני או לא. שאם הענין של תנאי קודם למעשה הוא כדי שבתחילת אמירת המעשה יקדם לו תנאי זה שייך רק לגבי צד ההזן ולא בצד הלאו שהרי בצד הלאו אינו אומר שיהיה חלות אלא שלא יהיה. ועיין באב"מ ס' ל"ח סק"ח שמכריע שגם בכפילות בעינן שיקדם התנאי למעשה. ומוכח שזה גזו"כ ולא מצד הסברא שכתבנו.

ע"מ שאין לך עלי שאר כסות ועונה. התוס' בכתובות נ"ו. הקשו על המ"ד שתנאו בטל וחלים הקידושין עם חיוב שאר וכסות איך חלים הקידושין הרי הוא פירש שאם יהיה חיוב שאר כסות אינו רוצה את הקידושין. ואמנם אינו יכול לעקור דבר מן התורה ולעשות קידושין בלי שאר וכסות אבל למה חלים הקידושין בזמן שאמר בהדיא שאינו רוצה קידושין כאלו. התוס' ישיגים שם בכתובות כתב דכיון שא"א לקיים תנאי זה הרי זה כמתנה בדבר שא"א לקיימו ודמי לע"מ שתעלי לרקיע דאינו אלא כמפליגה בדברים לכן הקידושין קיימים והתנאי בטל. אך תי' זה תמוה דמבואר בגיטין פ"ב. שהדין של מתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל הוא אפי' לרבנן דר"י בן תימא דסברי שבע"מ שתעלי לרקיע התנאי קיים. וכבר תמחו בזה המחנ"א הל' ריבית ס' ל"ז ד"ה תשובה והקו"ש בכתובות אות קס"ז.

התוס' שם תירצו דאי לאו חידוש התורה שנתחדש בתנאי בני גר ובני ראובן לא היה אפשר לבטל שום חלות ע"י תנאי. ודין תנאי התחדש רק באופן האמור בתורה ולא כשמתנה ע"מ שכתוב בתורה. ועיין מה שכתב בביאור דבריהם הקו"ש שם ע"פ שו"ת הרא"ש דתנאי מילתא אחריתי, והובאו דברי הרא"ש גם באב"מ ס' ל"ח סק"ד ואכ"מ. ובביאור המחלוקת אם בדבר שבממון תנאו קיים או לא הובא לעיל שיטת הרשב"א בכתובות ושיטת הקצה"ח בס' ר"ט סק"א. ובדבר השאלה למ"ד שתנאו קיים איך מהני התנאי לעשות קידושין בלי שאר כסות הרי תנאי אינו אלא שתולה את החלות בקיום התנאי ויכול לומר שאם יהיה שאר כסות אינו רוצה קידושין אבל איך התנאי גורם להפקיע חיוב שאר כסות ידוע מש"כ בשערי יוסף ש"ז פט"ז ע"פ התוס' בגיטין פ"ג. וכדבריו כתב גם בקו"ש ב"ב אות ר"א ע"ש.

מעיקרא לא שיעבד נפשיה. מבואר שאפי' מאן דסבר בעלמא שמתנה ע"מ שכתוב בתורה בדבר שבממון תנאו בטל הכא מודה דמהני התנאי של השומר שאינו מתחייב בחיובי השומרים דמעיקרא לא שיעבד נפשיה. ואינו מוכן למה במקדש ע"מ שאין לך עלי שאר וכסות לא אמרין דמעיקרא לא שיעבד נפשיה ויועיל התנאי לעקור חיוב שאר וכסות גם למ"ד שבדבר שבממון תנאו בטל. ומה שכתב רש"י דהכא אינו מתחייב אלא ע"י משיכה וכיון שהתנה לפני המשיכה תנאו קיים משא"כ בקידושין כיון שאמר הרי את מקודשת היא כבר מקודשת וכשאומר ע"מ זה מתנה ע"מ שכתוב בתורה דאין אישות לחצאין לכאורה אינו מוכן שגם בקידושין התנאי הוא קודם למעשה ונימא נמי התם דמעיקרא לא שיעבד נפשיה אלא לקידושין כאלו. ועיין בתוס' בכתובות נ"ו: שהקשו כן על דברי רש"י וכן מקשה הרמב"ן כאן. ועיין מש"כ בזה השיטה כאן בד"ה אפי' תימא.

התוס' בכתובות כתבו בתי' השני דשאני שומר שהתורה מחייבת כל שומר לפי מה שירדה תורה לסוף דעתו של השומר שהוא משעבד עצמו. ש"ש שמקבל שכר משעבד עצמו לחיוב גו"א, שואל שכל הנאה שלו משעבד עצמו לחיוב אונסין. ולכן אם התנה שלא יתחייב ואינו משעבד עצמו אינו חייב. כך מפרש הקצות בס' ש"מ סק"א את דברי התוס'.

הרמב"ן כאן מבאר מה שלא אומרים לגבי קידושין מעיקרא לא שיעבד נפשיה שאין קידושין ללא שאר כסות ועונה, וא"א לעשות קידושין אחרים מהקידושין של התורה. ומה שבשומרים לא אומרים שא"א לעשות שומר שונה מהשומר של התורה מבאר הרמב"ן דשאני שומר דמעיקרא לא שיעבד נפשיה פירוש לא נעשה ש"ש שלו ולא שואל אלא הפקיד אצלו ולא קיבל זה עליו להיות שומר וכאילו אמר הנח לפני ואני שומר לך שא"א לחייבו להיות שומר בע"כ. דהיינו שמתנה ש"ש להיות פטור מגו"א אין פירושו שהוא שומר ומתנה לשנות דין התורה אלא שאינו מקבל אחריות של שומר כלל, ומה שכן מחייב עצמו זה קבלה שהוא מקבל ומחייב את עצמו. משא"כ בקידושין אינו יכול לומר שאינו מקדש בקידושין של התורה אלא עושה קידושין אחרים שאין קידושין חוץ מהקידושין של התורה. אבל בשומר אינו מקבל דין שומר כלל אלא שמחייב עצמו במה שרוצה להתחייב.

מתנה ש"ש להיות כשואל. לשמואל איירי בקנו מידו שבלי קנין אינו יכול להתחייב להיות כשואל, ולר"י אינו צריך קנין דבההיא הנאה דנפיק עליה קלא דאיניש מהימנא הוא גמר ומשעבד נפשיה. התוס' לעיל נ"ח. הקשו דמבואר שם שבדברים שנתמעטו מחיובי השומרים אם רוצה לחייב את עצמו סובר ר"י שצריך קנו מידו ומ"ש מהכא שמתחייב בלי קנין מכא הדיא הנאה. ובתי' הראשון כתבו דשאני קרקעות שאין חייב אפי' שבועה בזה כדי לחייב את עצמו צריך קנין אבל כאן בל"ה הוא שומר וכדי להוסיף על חיובו סגי בההיא הנאה. וכונתם דהתם אינו שומר כלל וכדי לקבל אחריות כשאינו שומר צריך קנין גמור משא"כ הכא שהוא כבר שומר אלא משנה את דין האחריות שלו בזה סגי בההיא הנאה. וכ"כ הני' כאן ע"ש.

עוד כתבו התוס' שם א"נ התם כיון שמתחייב כשואל סבורים העולם שהשאל לו ובההיא הנאה משעבד נפשיה. דהיינו שגם לעיל היה מועיל ההיא הנאה אם היה שם הנאה. אלא שרק כאן יש הנאה שסבורים שהשאל לו. הש"ך בס' ס"ו ס"ק כ"ט כתב תי' אחר על קושית התוס' שמתנה ש"ש להיות כשואל היינו שאומר הריני כמי שנתקבלתי בחנם וממילא יש לו דין שואל, אבל בקרקע שגם אם יהיה שואל לא יתחייב לא שייך לומר הריני כמי שנתקבלתי וצריך קנין. והובאו דברי הש"ך בקצה"ח ס' ש"מ סק"א. הקצות שם כתב לישב קושית התוס' ע"פ התוס' בכתובות נ"ו: שהובא לעיל שחיובי השומרים הם לפי מה שירדה תורה לסוף דעתו של השומר שבזה הוא משעבד את עצמו. וכמו שכתבו התוס' שם שמה"ט יכול ש"ש להתנות שיהיה פטור מלשלם כך יכול להתנות להוסיף על חיובו שחיוב התורה הוא כפי רצון השומר לחייב את עצמו. משא"כ בקרקע שלא חייבה תורה צריך קנין כדי לחייב עצמו. נמצא ד' תירוצים על קושית התוס'. ב' תירוצי התוס', תי' הש"ך ותי' הקצות.

שקנו מידו. התוס' בב"ב ג. כתבו דקנו מיניה דהכא אינו קנין דברים אלא קנין גמור הוא שמשעבד עצמו שאם יאנס ישלם. וצ"ב אמאי ס"ד דתוס' שקנין זה הוא קנין דברים מ"ש קנין זה מכל קנין שמחייב עצמו ממון על תנאי. ואולי יש לבאר ע"פ דברי רע"א כאן שמקשה מה מהני מה שקנו מידו להתחייב כשואל הרי למ"ד ששואל מתחייב משעת מיתה גם הוא מתחייב משעת המיתה וא"כ זה חיוב שיחול לאחר זמן ואז הדיא סודרא למריה וכלתה קנינו. ובתחילה רצה רע"א להביא מזה ראיה לשיטת הרמב"ם שפסק ששואל מתחייב משעת משיכה. וכתב רע"א שיש לדחות שהקנין אינו על שיעבוד נכסיו בשעת האונס אלא שמשעבד נפשו ע"י הקנין לשמור מאונסין ולהיות כשואל. וע"ז היה קשה לתוס' בב"ב דכיון שאינו קנין על חיוב ממון אלא לשמור מאונסין ולהיות כשואל זה קנין דברים. ודחו התוס' שאין הקנין להיות כשואל אלא על חיוב הממון וס"ל דקי"ל ששואל חייב משעת משיכה. או שתירוצם הוא כמו שמביא רע"א מיד אח"כ בשם הש"ך בס' רצ"ד סקמ"ד דאף למ"ד משעת מיתה מתחייב היינו רק ששיעבוד הנכסים חל בשעת מיתה אבל שיעבוד הגוף חל לכו"ע משעת משיכה ושפיר חל ע"י קנין סודר שיעבוד הגוף שהוא מעכשיו ולא הדר סודרא למריה. וע"ע מה שכתבנו בדברי התוס' בב"ב שם.

בההיא הנאה וכו'. גמר ומשעבד נפשיה. מצאנו התחייבות ע"י ההיא הנאה בכתובות ק"ב. בדברים הנקנים באמירה שבשעת נישואין אפשר להתחייב בלי קנין בההיא הנאה דמתחתי אהרדי. וג' דרכים נאמרו בביאור הגמ' שם. א. הנוב"י קמא חו"מ ס' כ"ח ד"ה עוד אהובי כתב שזה תקנ"ה. וכ"כ המשועבד בס' ע"א סק"ט בשם הרא"ה. ב. החזו"א באבה"ע ס' נ"ה סק"ט כתב דהנאה הוא שזה כסף ומתחייב ע"י הנאה מדין קנין כסף. ויכול ע"י הנאה של פרוטה להתחייב ק' מנה. וע"ע בחזו"א ב"ק ס' כ"א סק"ה שמביא ע"ז את הגמ' שלנו וכתב שזה קנין כסף ומהני מדאורייתא. ג. הקו"ש בכתובות אות של"ו מוכיח מהתוס' שם שאינו קנין כסף אלא שההיא הנאה הוא סיבה שיש גמירות דעת מיוחדת וחל ההתחייבות מכח הגמירות דעת בלי מעשה קנין.

מדברי התוס' לעיל ג"ח. שכתבו בתי' הראשון שההיא הנאה מהני רק כשהוא בל"ה שומר וכו' להוסיף על החיובים שלו אבל כשאינו שומר כלל בעיניו קנו מידו מוכח לכאורה דלא כחזו"א שלדברי החזו"א ההיא הנאה הוא קנין גמור ובכל מקום שקנו מידו מהני צריך להוסיף גם ההיא הנאה. ובשלמא לתי' השני ניחא ששם צריך קנו מידו מפני שאין שם הנאה אבל לתי' הראשון יש שם הנאה ואעפ"כ בעיניו קנו מידו, וזה לכאורה דלא כחזו"א.

הרמב"ם בפ"ב משכירות ה"ט כתב מתנה ש"ח להיות פטור משבועה והשוואל להיות פטור מלשלם, וכן מתנה בעל הפקדון על ש"ח או נושא שכר ושוכר להיות חייבים בכל כשואל, שכל תנאי שבממון אינו צריך קנין ולא עדים. מבואר ברמב"ם שמה שמתנה ש"ח להיות כשואל הוא מאותו טעם שמתנה שואל להיות פטור מלשלם. וכמו שאינו צריך קנין לפטור מחיובי השומרים כך אינו צריך קנין להוסיף על חיובו. ולכאורה אינו מוכן דבגמ' מבואר שתנאי לפטור מהני משום דמעיקרא לא שיעבד נפשיה ותנאי לחייב מהני בגלל ההיא הנאה ואיך משהו הרמב"ם שני דינים אלו. אך לפי הקצות תרומהו חד דינא שבשניהם מה שלא צריך קנין הוא מפני שהתורה חייבה שומרים לפי מה שירדה תורה לסוף דעתם שרוצים לשעבד עצמם, ואם פרושו שמשעבדים עצמם באופן אחר הכל לפי מה שהתנו. אך צ"ע לפ"ז למה צריך להגיע לסברא של ההיא הנאה. וכן קשה לש"ך שכתב דמה שלא צריך קנין הוא משום דהוי כאומר הריני כמי שנתקבלתי וכאילו הוא שואל א"כ למה צריך להגיע להיא הנאה.

הקצה"ח בס' ש"מ סק"א מסתפק בשואל שמתנה להיות חייב במתנה מחמת מלאכה אם צריך קנין או לא. וכתב שתלוי בתירוצי התוס' בדף ג"ח. שלתי' הראשון אינו צריך קנין כיון שהוא בל"ה שומר אלא שמוסיף על החיובים שהייתו תורה. אבל לתי' השני צריך קנין מפני שאין בזה ההיא הנאה כיון שבל"ה הוא שואל. ונראה שבאופן זה יש טעם אחר שלא צריך קנין שהרשב"א והנ"י בדף צ"ו: כתבו שמה ששואל פטור במתנה מחמת מלאכה אף שהייתו בכל אונסין הוא משום דאיכא מחילת המשאיל. והמחנ"א כתב שהפטור הוא משום דהוי שאלה בטעות שאם היה יודע שאינו ראוי למלאכה שבשבילו שאלו לא היה מקבל אחריות. ולגבי סברות אלו בודאי שאם התנה להתחייב ליכא מחילה של המשאיל וליכא טעות מצד השואל והוא חייב מדינא. ואפי' לתי' הראשון בתוס' בדף ג"ח. כאן לא יצטרכו קנין. ורק לרמב"ן בדף צ"ו. שכתב שהפטור הוא בגלל פשיעת המשאיל יש מקום לומר שצריך קנין כדי לחייב את השואל. וזה יהיה תלוי בתי' התוס' אם כאן יש ההיא הנאה או לא כמש"כ הקצות.

רע"א בס' רצ"א סע' כ"ז דן בשומר שהיה בעליו עמו ומתנה להיות חייב אם צריך קנין כמו שומר קרקעות שצריך קנין להתחייב או שיש לדמות למתנה ש"ח להיות כשואל שמתחייב בלי קנין. וכתב רע"א שתלוי בתי' התוס' בדף ג"ח ע"ש וגם הקצות בס' רצ"א סקי"ח דן בזה ותלה במה שדן שם אם בבעליו עמו יש חיוב שבועת השומרים או לא ע"ש.

תוד"ה אמר רנב"י. נחלקו המהרש"א והמהר"ם בביאור דברי התוס'. דבפשטות התוס' דחו את תירוצם הראשון משום דקשיא להו אמאי לא קתני בהדיא כל שא"א לקיימו תנאו בטל. ואינו מוכן שזה נשאר קשה גם לפירושם השני. וכתב המהרש"א שמה שכתבו אמאי לא קתני בהדיא אינו קושיא אלא המשך של הפשט הראשון שאין דין זה מפורש במשנה שיש מקום להקשות שאם זה כונת התנא אמאי לא תני לה בהדיא. ולכן היה צריך רנב"י לומר מתני' נמי דיקא. ומש"כ נראה לומר הוא תירוץ שני. המהר"ם מפרש שאכל קשה הוא קושיא על הפשט הראשון והתוס' חזרו מפירוש זה. ולפירושם השני לא קשה אמאי לא תני לה בהדיא שלפירושם השני אליכא דאמת עיקר כונת התנא הוא לבאר אמאי מתנה ע"מ שכתוב בתורה תנאו בטל מפני שא"א לקיימו בסופו. ורנב"י רק אמר דמדקתני כל משמע שהמשנה מלמדת עוד דין נוסף שתנאי שא"א לקיימו כמצאות אינו תנאי. נמצא ב' הבדלים בין פירוש המהרש"א לפירוש המהר"ם. א. למהרש"א אבל קשה אינו קושיא ולא נדחה הפשט הראשון אלא זה המשך הפשט הראשון. ולמהר"ם זה קושיא על הפשט הראשון. ב. למהרש"א לפי האמת כל שאפשר לקיימו דקתני מתני' קאי על הדין של ר"י בן תימא ולא על הדין של ר"י בן תימא וכו' מירושב מה שהקשו על הפשט הראשון.

מסכת ב"מ פרק השואל

דף צד.

השואל את הפרה וכו'. נחלקו הפוסקים בגדר הפטור דבעליו עמו, ויש בזה ג' צדדים. א. שאינו שומר כלל ואינו חייב בשמירה ולא נשבע ולא משלם. ב. הוא שומר וחייב בשמירה אבל אינו נשבע ואינו משלם. ג. הוא חייב בשמירה ונשבע ולא נתמעט אלא מתשלומין. הש"ך בס' ס"ו ס"ק קכ"ו כתב לישב קושיית הראב"ד בפ"ב משכירות ה"ג על הרמב"ם דפושע חייב מדין מזיק וחייב גם בעבדים שטרות וקרקעות שנתמעטו מפרשת שומרים. וקשה דקי"ל לענין בעליו עמו שפטור גם מפשיעה ומוכח שגם פשיעה הוא חיוב מדין שומר וכשאין חיובי השומרים גם על פשיעה פטורים. ותי' הש"ך דשאני בעליו עמו דבפירוש פטורה תורה מתשלומין ובכלל זה מיעוט לכל דיני הפרשה, משא"כ עשור"ק אין מיעוט אלא שאינם דומיא דמה שנאמר בפרשה שהוא מטלטל וגופו ממון. ומוסיף הש"ך וז"ל והיינו טעמא דקרא דכשהבעלים עמו לא ה"ל שומר עליו כלל אלא הוי ליה כאיניש דעלמא עכ"ל. הרי מפורש בש"ך דס"ל בדעת הרמב"ם דבעליו עמו אינו שומר כלל ואין לו חיוב שמירה ולכן אין פשיעתו כמזיק וא"כ פשוט שפטור גם משבועה. גם רע"א בס' רצ"א סע' כ"ז נקט דאינו נשבע ולכן כתב שאם היה בעליו עמו ורוצה לחייב עצמו צריך קנין ואינו מתחייב בדיבור דמבואר בתוס' לעיל ג"ח. בתי' הראשון דהיכא דפטור אפי' משבועה ורוצה לחייב עצמו צריך קנין, ולא דמי לש"ח שמתנה להיות שואל בדיבור דבל"ה הוא נשבע ורוצה רק להוסיף חיוב. אך לא מבואר ברע"א אי ס"ל לגמרי כש"ך שאינו שומר כלל או שהייתו בשמירה אלא שפטור משבועה כמו שפטור מתשלומין.

הקצה"ח בס' רצ"א סקי"ז מסתפק אם בבעליו עמו יש שבועת השומרים או לא. ומביא ראיה מדברי התוס' בב"ק ג"ז: שהקשו דמבואר בגמ' שם שאם לסטים מזדיין הוא גזלן לא משכחת טוען טענת גנב בש"ש. ואמאי הא משכחת לה בש"ש שהיה בעליו עמו וטען נגנבה ונשבע ונפטור בטענתו כיון שהיה בעליו עמו ונמצא שהוא גנב. ומוכח שנקטו התוס' בקושייתם שגם בבעליו עמו יש לו דין שומר שדין טט"ג הוא רק בשומר, ומוכח נמי דאיכא חיוב שבועה שאם אין שבועה אין דין טט"ג. וכתבו

התוס' דש"מא אין דין ט"ג בענין זה. ולמד הקצות שכונת התוס' בתירוצם הוא דבכלל המיעוט של בעליו עמו מתשלומין כלול נמי מיעוט מחיוב כפל דט"ג. ומוסיף הקצות דמבואר בתוס' בריש מרובה דכפל ושבועה שוים והיכא דנתמעט כפל נתמעט נמי שבועה. לכן כתב הקצות דלמסקנת התוס' אין שבועת השומרים בבעליו עמו. אבל דין שומר יש גם בתירוצם דמזה לא חזרו ולא כש"ך דכתב שאינו שומר כלל. וכן מבואר בקצות בס' שמ"ו סק"א שמוכיה מגמ' בסוף המפקיד שגם בבעליו עמו יש דין שליחות יד, ומוכח דהוי שומר אלא שנתמעט מתשלומין ומשבועה. ולדעת הש"ך שאינו שומר כלל לכאורה גם שליחות יד לא יהיה בו. גם האור"ש בפ"ג משכירות ה"ח מוכיח שהרמב"ם ס"ל שיש חיוב שמירה בבעליו עמו. וזה כדברי הקצות ולא כש"ך.

הנתיבות בס' רצ"א סק"ד חולק על הקצות וכתב דגם למה שכתבו התוס' בתירוצם שאין כפל של ט"ג בבעליו עמו אין זה מחייב שאין שבועה א"כ אין סיבה לומר שחזרו ממה שסברו בקושייתם דאיכא שבועת השומרים בבעליו עמו ולא נתמעט בעליו עמו אלא מתשלומין וכפל דט"ג, אבל חיוב שמירה ושבועה ושליחות יד יש בו. ויוצא שנחלקו הנתיבות והש"ך היכן נתמעט יותר דיני שמירה. שהש"ך ס"ל שבבעליו עמו נתמעט יותר ממה שנתמעט בעש"ק, שבעש"ק לא נתמעט אלא שבועה ותשלומין אבל יש חיוב שמירה לכן שם נחשב הפשיעה כמזיק, ובבעליו עמו אינו שומר כלל. ולנתיבות הוי איפכא שבעש"ק אין תשלומין ולא שבועה ובבעליו עמו לא נתמעט אלא תשלומין אבל שבועה איכא.

כל זה להבנת הקצות והנתיבות בדברי התוס' הנ"ל בב"ק שתי' התוס' הוא שיש מיעוט לענין כפל דט"ג ופליגי אי כלול בזה מיעוט משבועה או לא. אבל השיטמ"ק שם בב"ק בשם ר' אליעזר מגרמיישא מבאר תי' התוס' באופן אחר וז"ל וטעמא דאין חייב כפל אלא היכא דטענת גניבה גורמת הפטור והכא מה שהבעלים גורם עכ"ל. דהיינו שרק כשסיבת הפטור הוא הגניבה יש דין ט"ג ולא כשסיבת הפטור הוא מה שבעליו עמו ואפי' אם היה פושע היה פטור. ולדבריו אין חזרה בתוס' ממה שסברו בקושייתם שגם בבעליו עמו יש כל דיני שומר ויש חיוב שבועה ודין ט"ג אלא שאין היכא תמצא שיתחייב משום ט"ג ולא נתמעט אלא מחיוב תשלומי השומרים.

האור"ש בפ"ד מגניבה ה"י מבאר דברי התוס' שם באופן אחר. שגם בקושייתם סברו התוס' דכשם שבבעליו עמו אינו משלם כך אינו נשבע, ולא כהקצות והנתיבות שהבינו שבקושיא סברו התוס' שחייב שבועה, ואעפ"כ הקשו שיהיה בזה דין ט"ג דמה שט"ג הוא רק ע"י שבועה אינו גזה"כ דליכא חיוב כפל אלא ע"י שבועה אלא כיון שאינו נאמן בטענתו אלא ע"י שבועה לא נשלם הגניבה אלא כשנשבע, אבל במקום שאינו צריך שבועה יש דין ט"ג גם בלי שבועה. [גם לדבריו אכתי מוכח מקושיית התוס' שהוא שומר ולא כש"ך שכתב דאינו שומר כלל אלא כאיניש דעלמא, שאם אינו שומר אין בו דין ט"ג אבל אין ראיה שיש בו חיוב שבועה]. ובתירוץ התוס' כתבו דש"מא אין דין ט"ג בענין זה היינו דש"מא גזה"כ דאינו מתחייב אלא ע"י שבועה וגם במקום שנאמן בלי שבועה אינו חייב כפל אלא ע"י שבועה. ובעיקר דברי האור"ש עיין מש"כ הקה"י בב"ק ס' ל"ו ובמה שכתבנו בזה בס"ד בב"ק ק"ו: .

מה שיוצא מכל זה בדעת התוס' בב"ק הוא שבשאלת התוס' יש ב' דרכים א. לקצות ולנתיבות בשאלה בודאי סברו התוס' שיש בבעליו עמו כל דיני שומרים חוץ מתשלומין. ב. לאור"ש גם בשאלה סברו התוס' דליכא שבועה ואעפ"כ סברו דאיכא דין ט"ג. ובתי' התוס' יש כמה דרכים. א. יש מיעוט בבעליו עמו מכפל דט"ג ושבועה. ב. לנתיבות ט"ג נתמעט אבל שבועה איכא. ג. לשיטמ"ק אין חזרה כלל ממה שסברו בשאלה אלא רק דאין זה נחשב טענת גנב כיון שבבעליו עמו גורם הפטור. ד. לאור"ש כיון שאין שבועה אין דין ט"ג אף שנאמן בלי שבועה. והשיטות בענין גדר פטור בעליו עמו הם א. לש"ך אינו שומר כלל. ב. לקצות נתיבות ואור"ש יש לו דין שומר לענין חיוב שמירה ושליחות יד ולדעת הנתיבות יש בו גם שבועת השומרים. ג. לקצות אף שהוא שומר ויש בו דין שליחות יד אינו נשבע למסקנת התוס' וכן נקט האור"ש דאינו נשבע.

דף צד :

פרה במשיכה ובעלים באמירה. שיטת התוס' והרא"ש הוא דהא דבעלים באמירה אינו מפני שנשתעבד באמירה למלאכה אלא איירי שמיד עם האמירה הוא מזמין עצמו או מתחיל ללכת כדי לעשות מלאכה. וזה נחשב בעליו עמו אף שעדיין לא התחיל את עצם המלאכה. וכן פסקו הטור ושו"ע בס' שמ"ו. בלשון רש"י בד"ה ובעלים באמירה לא נזכר שמתחיל ללכת או שמזמין עצמו ומשמע לכאורה דמפרש כפשוטו דע"י האמירה לבד זה נחשב עמו במלאכה. וכן מבואר בהגהות אשרי בשם האור"ז ובנ"י ובמהנ"א שומרים ס' ל"ו בשם מהר"ם. ההג"א כתב דשמעינן מהכא שמשעבד למלאכה ע"י אמירה בלבד אף שעדיין לא התחיל במלאכה. וכתב דאיירי בדבר האבד שאסור לחזור. הנ"י ס"ל שאפי' בדבר שאינו אבד ומותר לו לחזור סגי באמירה ליחשב בעליו עמו דשארית ישראל לא יעשו עולה וכל שקיבל עליו לעשות מלאכתו בעליו עמו קרינן ביה ואינו תלוי בקנין ע"ש. הרי דס"ל לתרויהו דלא בעינן מלאכה ממש אלא סגי במה שמשעבד עצמו למלאכה ע"י דיבור, לאור"ז באופן שאסור לחזור ולנ"י אפי' באופן שיכול לחזור. ויקשה לראשונים אלו קושיית התוס' מהא דאיתא לקמן דשתלא וטבחא הם בעליו עמו רק בעידן עבדתייהו ולא שלא בעידן עבדתייהו אף שגם אז הם משועבדים למלאכה של אה"כ.

התוס' בב"ב מ"ג: הקשו על מה דמבואר כאן דבעלים באמירה מהא דמבואר לעיל פ"א. שאם אמר שמור לי היום ואשמור לך למחר אין זה בעליו עמו ואמאי הרי הוא כבר משעבד עצמו למלאכה של מחר. והתוס' שם לכאורה פליגי על תוס' דידן שלדברי התוס' כאן לא קשיא קושייתם שבאשמור לך למחר אינו מזמין עצמו עכשיו לשמירה של מחר [נאמנם הש"ך ס' שמ"ו סק"א והנתיבות שם כתבו שאין סתירה בין התוס' שם לתוס' כאן ע"ש]. וכתבו שמה שהשיעבוד למלאכה נחשב עמו במלאכתו הוא רק כשמשעבד למלאכה עכשיו מיד אבל אם הוא משועבד מעכשיו למלאכה אחר זמן אין זה עכשיו בעליו עמו. והכא בעלים באמירה היינו שהוא משועבד ע"י אמירה עכשיו. ולפ"ז לא קשיא לראשונים הנ"ל משתלא וטבחא דאמנם גם שלא בעידן עבדתייהו הם משועבדים למלאכה אבל אין זה שיעבוד למלאכה מיד אלא לאחר זמן וזה לא גורם שיהיה עכשיו עמו במלאכתו. אך אכתי קשה על ראשונים אלו מהגמ' לעיל פ"א. דאשתכח דהוי שתי שיכרא ומה בכך שעדיין לא התחיל במלאכה הרי הוא שיעבד את עצמו למלאכה עכשיו. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לעיל פ"א. בשם הריטב"א.

הרמב"ם בפ"ב משאלה ה"א כתב וז"ל אפי' אמר לחברו השקני מים ושאל ממנו בהמתו והשקהו ונתן לו את הבהמה ה"ז שאלה בבעלים ופטור עכ"ל. ומקורו מהגמ' לקמן צ"ז. וכתב הגאון בס' שמ"ו סק"ג דמדנקט הרמב"ם והשקהו משמע דס"ל דלא סגי במה שמכין עצמו והולך להשקותו אלא בעינן שיתחיל במלאכה עצמה. והרמב"ם חולק בזה על התוס' והרא"ש דס"ל דסגי במכין עצמו אלא ס"ל דבעינן במלאכתו ממש כפשוטו לשון הגמ' לקמן בעידן עבדתייהו. [האבה"א בפ"ב משאלה הבין

שראיתו של הגאון הוא מהלשון בעוד שהוא משקוהו, והקשה דלשון זה לא נמצא ברמב"ם אלא בטור והטור ס"ל כשיטת הרא"ש, אך בלשון הגאון מבואר שאין ראיתו מלשון בעוד שהוא משקוהו אלא ממה שכתב הרמב"ם והשקוהו, ואף שגם השו"ע כתב והשקוהו אף דפסק כשיטת התוס' מ"מ דרכו להעתיק את הרמב"ם כלשונן.

נמצא ג' שיטות בענין זה א. רש"י האו"ז הנ"י והתוס' בב"ב ס"ל שאם משעבד עצמו למלאכה עכשיו זה בעליו עמו אף שלא התחיל כלל ולא הזמין עצמו למלאכה. ב. התוס' והרא"ש ס"ל דלא סגי באמירה אלא בעינן שיתחיל ללכת או שיוזמן עצמו למלאכה וזה חשיב כהתחיל במלאכה. ג. הרמב"ם ס"ל דלא סגי באמירה ולא בהכנה אלא בעינן שיתחיל במלאכה ממש. ולרמב"ם צ"ב איך יפרש דברי הגמ' כאן דבעלים באמירה. עיין מה שכתבנו בזה לעיל פ"א. ע"פ דברי הטור בשם הרמ"ה.

השיטמ"ק לעיל פ"א. על הא דמבואר שם שלא היה פטור של בעליו עמו משום דאשתכח דבההוא שעתא שיכרא הוי שתי מביא ששאלו את הר"י מג"ש מה בכך ששתה שיכרא הרי אם היה עמו בשעת שאלה אינו צריך להיות עמו בשעת שבורה ומתה. דהיינו שהשואל הביין דסגי באמירה בשעת שאלה וא"כ מה בכך שבשעת שבורה ומתה לא היה במלאכתו וזה כקושיית התוס' כאן. ותי"ה הר"י מג"ש דאילו היה עמו ממש בשעת שאלה לא היה צריך להיות עמו בשעת שבורה ומתה, אבל שם בשעת שאלה לא היה עמו במלאכה ממש אלא רק אמר והלך לעשות מלאכתו בזה אם גם בשעת מיתה הוא עמו היה נחשב בעליו עמו, אבל כיון דאשתכח דבשעת שבורה ומתה שתי שיכרא אין זה בעליו עמו. והדברים לכאורה אינם מובנים דאם לא סגי בהליכה של שעת שאלה מה יועיל מה שהוא עמו בשעת שבורה ומתה הרי כל דין בעליו עמו תלוי רק בשעת שאלה ואין יצטרף מה שהוא עמו בשעת שבורה ומתה למה שהיה קצת עמו בשעת שאלה. [עיין באבה"א בפ"ב משאלה ה"א שתמה כעין זה על הלח"מ שם].

תוד"ה שומר חנם. כתבו דהא דלא חשיב פשיעה הוא משום שכל השומרים חייבים בפשיעה. והא דלא חשיב הפטור של מתה מחמת מלאכה בשואל הוא משום דלא הוזכר בפרשה. רש"י במשנה לעיל צ"ג. גם נתקשה אמאי לא נזכר חיוב פשיעה בש"ה, וכתב דאין זה מן המאורעות הכתובות בשאר שומרים לחיוב. ונראה שמה שכתבו התוס' על מ"מ שלא נזכר במשנה מפני שלא הוזכר בפרשה אין כונתם רק שלא נזכר בפרשה אלא שאין זה פטור מפרשת שומרים אלא שיש סכרא צדדית לפטור מ"מ. ולכן הוסיפו התוס' שהפטור הוא מפני שיש לו רשות לעשות בה מלאכה, דהיינו שאין זה פטור מהלכות שומרים אלא משום הסברות שכתבו הראשונים לקמן צ"ו: דאיכא פשיעה של המשאל או מחילת המשאל. משא"כ חיוב של פשיעה הוא חיוב מפרשת שומרים שהרי שיטת התוס' דבעשור"ק שנתמעטו משמירה ליכא חיוב פשיעה. ולכן לגבי פשיעה הוצרכו לתרץ תי' אחר שלא נזכר במשנה משום דכולהו חייבים בפשיעה. וכ"כ שלרמב"ם דפשיעה מדין מזיק ולא מחיובי השומרים ניהא הא דלא נזכר במשנה.

והא בעיא נטירה. משאלת הגמ' אמאי נחשב שואל כל הנאה שלו הרי השואל מחויב בשמירת הפקדון לכאורה יש להביא ראיה למה שנחלקו האחרונים בביאור דברי רש"י לעיל פ"א. דמבואר שם דשומר לי ואשומר לך הוי שמירה בבעלים. ורש"י כתב שם שרק שומר לי ואשומר לך הוי בעליו עמו אבל השאילני ואשאלך אינו שמירה בבעלים דאין הוא שואל לשואל אלא כליו. ואינו מוכן דאמנם מה שנותן לחברו את כליו אין זה בעליו עמו אבל השואל הוא גם שומר על ממון חברו ואמאי אין זה בעליו עמו מחמת חיוב השמירה שהוא חייב לחברו כמו בשומר לי ואשומר לך. וכתב בזה הקו"ש בכתובות אות קכ"ו ובפסחים אות י"ז דרש"י ס"ל דכיון ששואל חייב באונסין וא"א לשומר מאונסין ע"כ דרמי עליו חיוב אחריות ואין חיובו מחמת חיוב שמירה א"כ ס"ל לרש"י שאין בכלל חיוב שמירה בשואל אלא כל חיובו הוא רק חיוב אחריות, ולכן אין זה נחשב בעליו עמו. [ומה שקשה על דברי הקו"ש דהשאילני ואשאלך אינו שואל אלא שוכר כמבואר בגמ' שם ולשוכר בודאי יש חיוב שמירה עיין מה שכתבנו בזה שם בס"ד]. וזה דלא כשיטת המ"מ בפ"י משכירות ה"ב בדעת הרמב"ם והטור בס' ש"ה בשם הרמ"ה, והובא ברמ"א שם סע' ו', שגם השאילני ואשאלך הוי שמירה בבעלים, דפשיטא להו שגם בשואל איכא חיוב שמירה. ועיין לעיל פ"א. שהובא שהנתיבות והאבה"א פרשו דברי רש"י באופנים אחרים, ולדבריהם גם רש"י מודה דאיכא חיוב שמירה בשואל. ולשיטת הקו"ש בדעת רש"י שאין בשואל חיוב שמירה צ"ע מה שאלת הגמ' כאן דלא הוי כל הנאה שלו משום דבעי נטירה הרי לדבריו אין השואל חייב בשמירה. ומה שבפועל הוא שומר אין זה בשביל המשאל אלא כדי שלא יתחייב באחריות, וכשם שהאחריות עצמה אינה גורמת שלא יהיה כל הנאה שלו מפני שהאחריות היא תוצאה ממה שכל הנאה שלו כך השמירה שבא מחמת החיוב אחריות היא תוצאה ממה שכל הנאה שלו ואינו מגרע את הכל הנאה שלו, אלא מוכח לכאורה דכשם ששואל חייב במזונות כך הוא חייב בשמירה כשאר שומרים.

אימא רוב הנאה שלו. מבואר בגמ' דכדי לחייב שואל באונסין לא בעינן כל הנאה שלו אלא סגי ברוב הנאה שלו ואף שגם הבעלים נהנים מזה שהשואל זן את בהמתו ושומר על בהמתו מ"מ חייב השואל כיון שרוב הנאה שלו. וכן מבואר בתוד"ה דקיימא. המחנ"א בשאלה ס' ג' מביא את דברי הר"ן בתש' שכתב שהמשאל ספר ללמוד בו אינו שואל כיון שהמשאל מקיים מצוה ואית ליה הנאה דפרוטה דר"י וא"כ אין כל הנאה של שואל. ומקשה המחנ"א מכאן דמבואר שגם אם אין כל הנאה שלו הוא חייב באונסין אם רוב הנאה שלו. והנאה של פרוטה דר"י הוא לא יותר מהנאת שמירה ומזונות שאינם מגרעים את הרוב הנאה שלו. וכתב האו"ש בפ"א משאלה ה"א שהמחנ"א לא דק בזה דמה שמבואר כאן ששואל חייב באונסין אף שאין כל הנאה שלו היינו משום שחיובו של שואל הוא משום שהוא נחשב כבעלים לכל ימי שאלתו כיון שיש לו כל תשמישי החפץ והוא משתמש בו כבעלים. ומה שהשואל נותן מזונות ושמירה אין זה מגרע בבעלותו שגם הבעלים שומרים ונותנים מזונות. אבל הנאה של פרוטה דר"י הוא הנאה שיש למשאל והוא כתשלום עבור השימוש. ובעלים משתמשים בלי לשלם ולכן תשלום זה מגרע את הכל הנאה שלו וגורם שלא יהיה שואל אלא שוכר. ועיין בחי' האו"ש לקמן צ"ו: שגם תמה בזה על המחנ"א. ומוסיף דיש לעיין בדברי הר"ן מטעם אחר דמה שיש למשאל הנאת פרוטה דר"י הוא הנאה דממילא ואינו בא מהשואל ומנין שזה סיבה שלא יחשב כל הנאה שלו ויפטור את השואל מאונסין.

נמצא מחלוקת המחנ"א והאו"ש בפשט בגמ' כאן, שהמחנ"א הביין שגם אם יש למשאל מעט הנאה אין זה מגרע את חיוב האונסין דסגי ברוב הנאה שלו. והאו"ש כתב דכל הנאה שבא מהשואל למשאל שהוא כתשלום אפי' אם הוא מעט גורם שלא יהיה חיוב אונסין. ורק הנאת נטירה ומזונות שאני שגם בעלים יש להם הוצאות אלו ואין זה מגרע בבעלותו של השואל.

בשאלת כלים. פרש"י דבכלים ליכא מזונות ונשמרים בביתו חנם והוי כל הנאה שלו. יש לעיין בזה אמאי חשיב שמירת כלים כל הנאה שלו משום שנשמרים בביתו חנם וליכא הוצאה וטורח בשמירתם, דזה ניהא אם הדין הוא דסגי בזה שמניח את

הכלי במקום המשתמר שמירה מעולה ויותר לא מוטל עליו, אבל לפי מה שכתבו הראשונים ונפסק בטור בס' ש"ג דחיובו של ש"ש הוא שיעמוד בעצמו ביום ובלילה וישמור, ורק אם עמד בעצמו ולא יכל לשמור כגון שבאו לסטים מזוין הוא פטור, אבל אם לא שמר בעצמו אפי' הניחו בקרקע עמוק ק' אמה ונגנב באונס הוא חייב. א"כ יש טורח והוצאה גדולה בשמירה של ש"ש. ולכאורה גם בשואל שחמור יותר מש"ש יש חיוב זה וא"כ אמאי נחשב שמירת כלים כל הנאה שלו, הרי לא סגי במה שמניח בביתו אלא צריך לעמוד בעצמו ביום ובלילה לשמור. ולדברי הקו"ש שהובא לעיל שלומד בדעת רש"י דליכא חיוב שמירה בשואל כלל אלא רק חיוב אחריות ניהא, אבל כבר נתבאר שמדברי הגמ' כאן משמע לכאורה דלא כדבריו אלא שגם בשואל יש חיוב שמירה, וא"כ בפשטות חיוב השמירה בשואל הוא כשל ש"ש ואמאי הוי כל הנאה שלו בכלים יותר מבבבחה. ויש לישב לפי מה שנתבאר לעיל בדף צ"ג: שאין כונת הטור שש"ש חייב לעמוד ביום ובלילה לשמור אלא שחיוב אחריות שלו הוא על כל דבר שלא היה קורה אם היה שומר בעצמו. ואין זה תוספת חיוב שמירה אלא תוספת אחריות. ומצד חיוב השמירה סגי בזה שיניח במקום המשתמר ואינו חייב יותר. אלא שאם עשה כן ונגנב באונס הוא חייב לשלם. וכיון שמצד חיוב השמירה סגי בזה זה נחשב כל הנאה שלו שחיוב האחריות אינו מגרע את המצב של כל הנאה שלו כמו שנתבאר.

עוד העירוני דאפי' אם נאמר שבש"ש החיוב שמירה מחייב לעמוד ביום ובלילה ולשמור ולא רק חיוב אחריות מ"מ יתכן שדין זה נאמר רק בש"ש ולא בשואל. ואף שכתבנו שמוכח כאן שגם בשואל יש חיוב שמירה ולא רק חיוב אחריות מ"מ יתכן שהחומרא המיוחדת שכתבו הראשונים שצריך לעמוד בעצמו ולשמור ביום ובלילה הוא רק בש"ש ולא בשואל. שהחיוב שמירה שכל שומר חייב בו הוא כדין שמירה של ש"ח וזה יש גם בשואל. בש"ש מחמת השכר שמקבל הוסיפה תורה חיוב שמירה יתירא כמבואר בטור, ובשואל מפני שכל הנאה שלו הוסיפה תורה חיוב אחריות של אונסין, אבל אין הכרח שגם בשואל יש תוספת חיוב שמירה שיש בש"ש. ולכן בשואל שמירת כלים הוי כל הנאה שלו דסגי במה שמניח במקום המשתמר.

אמנם שני תירוצים אלו נסתרים מדברי המחנ"א. שהמחנ"א בשומרים ס' י"ח מביא מחלוקת הראשונים אם שומר יכול לחזור באמצע זמן השמירה כמו שפועל חוזר בחצי היום. וכתב המחנ"א לחלק בזה בין ש"ח לש"ש, שש"ח אינו מחויב בפעולת שמירה נמשכת אלא מניח במקום משתמר ולא מוטל עליו מעתה אלא שלא יפגע. וכיון שאין עליו חיוב פעולה אין זה בגדר עבדות ואין בזה דין של עבדי הם ואינו חוזר. אבל ש"ש שחייב לעמוד בעצמו ולשמור ביום ובלילה כמבואר בטור ס' ש"ג זה חיוב פעולה והוי כפועל שיכול לחזור בחצי היום. [עיי' במשך חכמה פרשת משפטים שמבאר ע"פ דברי המחנ"א את שינוי לשון הפסוק שבפרשת ש"ח כתיב וגונב מביתו ובפרשת ש"ש כתיב וגונב מעמו, והוא משום דש"ח אינו משמר בעצמו אלא מניח במקום המשתמר ודיו וכשנגנב נגנב מביתו, משא"כ ש"ש שעומד בעצמו ומשמר כשנגנב ממנו זה וגונב מעמו]. הרי מבואר דס"ל למחנ"א דדברי הטור אינם רק תוספת אחריות אלא תוספת חיוב שמירה וחייב ממש לעמוד בעצמו ולשמור כל הזמן. ולדבריו אין מקום למה שכתבנו בתי' הראשון. וגם התי' השני נסתר מדברי המחנ"א בשומרים ס' ל"ח שכתב שראובן שהפקיד פקדון אצל שמעון וחזר שמעון והפקיד פקדון אחר אצל ראובן שניהם חייבים בדיני השומרים ואין זה בעליו עמו. דמה שמבואר לעיל פ"א. דשומר לי ואשומר לך הוא בעליו עמו היינו כשתחילת השמירה נעשה יחד דבשעת קבלת הפקדון כ"א מחויב לחבירו להניח פקדונו במקום המשתמר. אבל אחר שהפקדון כבר נמצא ברשותו והוא מונח במקום המשתמר כבר אין שום פעולה שמוטל על השומר לעשות לבעלים ואם עכשיו השומר מפקיד אצל הבעלים אין זה בעליו עמו. וכתב ע"ז המחנ"א דכ"ז בש"ח אבל ש"ש ושואל שמחויבים לעמוד בעצמם ביום ובלילה לשמור כמבואר בטור גם אחרי שהופקד אצלו הוא במלאכתו של בעה"ב ואם יפקיד אצלו זה יחשב בעליו עמו. הרי מפורש בדברי המחנ"א שדברי הטור הם חיוב שמירה ממש ולא רק אחריות ושדברי הטור נאמרו לא רק בש"ש אלא גם בשואל, וא"כ הדרא קושיא לדוכתא לדברי הטור שיש חיוב לעמוד בעצמו ביום ובלילה לשמור אמאי הוי שאילת כלים כל הנאה שלו הרי לא סגי במניח במקום משתמר אלא חייב לעמוד בעצמו ביום ובלילה לשמור ויש בזה טורח מרובה, וכמו ששאילת בהמה אינה כל הנאה שלו מחמת טורח שמירתו כך שאילת כלים לא יחשב כל הנאה שלו. וצ"ע. ועיי' מה שכתבנו בזה לעיל צ"ג: על תוד"ה אי הכי.

מה לשבורה ומתה שכן אונסא דסליק אדעתא. המחנ"א בהל' שאלה ס' א' מאריך לדון אם חיוב אונסין דשואל הוא חיוב שהשואל מקבל על עצמו דכיון דכל הנאה שלו מן הסתם הוא מקבל על עצמו חיוב אונסין או שהמצב של כל הנאה שלו הוא סיבה לחיוב אונסין אפי' אם אין השואל מקבל ע"ע חיוב זה דרחמנא שיעבדיה בע"כ. ונ"מ היכא שהשואל חושב שהמשאיל היה עמו ואינו מתחייב באחריות והוכרח אח"כ שלא היה בעליו עמו, שאם החיוב תלוי בקבלתו כאן לא היה קבלת אחריות שהרי חשב שזה בעליו עמו, אבל אם הוא מתחייב בע"כ מחמת הנאתו גם בזה הוא יתחייב. וכתב המחנ"א שלכאורה יש לפשוט ספק זה מהא דס"ד כאן לחלק בין אונסא דסליק אדעתא לאונסא דלא סליק אדעתא, ופרש"י דאונסא דסליק אדעתא השואל מקבל על עצמו דאל"כ הוי ליה לאתנויי. ומוכח דחיוב אונסין תלוי בקבלתו. אך כתב המחנ"א דאין ראייה שכן הוא למסקנה דיתכן שאחר שנתרבה שיש חיוב אונסין גם באונס דלא סליק אדעתא אין החיוב מחמת קבלתו אלא רחמנא שיעבדיה בע"כ.

המחנ"א מביא ראייה לספק זה מדברי רש"י בסנהדרין ע"ב. שכתב שהחיוב אונסין של גזלן הוא משום שכל הנאה שלו ולא גרע משואל. ובגזלן ליכא קבלת אחריות ומוכח שמה שכל הנאה שלו זה סיבה לחיבו באונסין אף שאינו רוצה להתחייב. [עיי' או"ש פ"ב מגביה ה"א ד"ה נסתפקתי שלרש"י שחיוב אונסין דגזלן הוא משום דלא גרע משואל הגונב הקדש אינו חייב אפי' בקרן דהקדש נתמעט מדיני שומרים ואין לחייב בזה משום דלא גרע משואל. וכתב שתוס' בב"ק חולקים בזה על רש"י ע"ש]. וכן יש להוכיח מהגמ' לעיל מ"א: דילפינן חיוב אונסין של שולח יד בפקדון מחיוב אונסין דשואל, ופרש"י שם דכשם ששואל חייב משום שכל הנאה שלו כך השולח יד נמי כל הנאה שלו. אך מקשה המחנ"א דבב"ק ק"ב. מבואר דהניח להם אביהם פרה שאולה הבנים משתמשים בה כל ימי שאלתה מפני שהם יורשים את הקנין שאלה של אביהם, ואם מתה אינם חייבים באונסיה. ומבאר שם רש"י שאינם חייבים באונסין משום דלא קבלו עליהו נטירותא. ומשמע דאף שכל הנאה שלהם שהרי משתמשים בה מ"מ אינם חייבים באונסין, ומוכח דכל הנאה שלו אינו מחייב באונסין אא"כ איכא קבלת אחריות של השואל. עיי' מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן צ"ו: . ויתכן שבספק זה של המחנ"א נחלקו הראשונים דעיי' שיטמ"ק כתובות ל"ד. שיש ראשונים דס"ל שמה שאין היורשים חייבים באחריות הוא דוקא כשאינם רוצים להשתמש, ואם רוצים יכולים להשתמש ואז הם חייבים באונסין ואם אינם רוצים להשתמש אינם חייבים באונסין, וי"א שגם אם משתמשים אינם חייבים באונסין. ותלוי בספק של המחנ"א שאם גם כשכל הנאה שלו ליכא חיוב אחריות אא"כ מקבל עליו אחריות הכא לא קבלו ואפי' משתמשים ואיכא כל הנאה שלו ליכא חיוב אונסין כיון שלא קבלו אחריות. אבל אם כל הנאה שלו מחייב אונסין בלי קבלה א"כ מה שאינם חייבים באונסין הוא דוקא

כשאננם רוצים להשתמש. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד בב"ק קי"ב. בהמשך הדברים מביא המחנ"א ע"ז את דברי התוס' בכתובות נ"ו: שכתבו שהתורה חייבה שואל לפי שכל הנאה שלו ומשעבד עצמו לכל הכתוב בפרשה. ומשמע לכאורה דתלוי בקבלתו. אבל כתב המחנ"א דאין ראייה משם דיתכן שכונתם שהתורה ירדה לסוף דעתו של אדם שכן רצונו להתחייב והתורה חייבה בע"כ מה שסתם אדם מוכן להתחייב. וזה כדברי הקצות בס' ש"מ סק"א שגם כתב שכונת התוס' שירדה תורה לסוף דעתו ע"ש.

סד"א עד דמיתברא ומתה לא מחייב. ג' דרכים נאמרו בביאור הה"א דבעינן דמיתברא ומתה. א. רש"י מפרש מה שהגמ' אומרת בסמוך דלא בעינן קרא לחלק דמה לי קטלה כולה מה לי קטלה פלגא דסברא הוא שחייבים על נשבר לבד כמו שחייבים על מת לבד. ומשמע דס"ל שגם לה"א דבעינן נשבר ומת היינו רק דלא חייבים על נשבר בלי מת אבל על מת חייבים בלי נשבר גם לה"א. המהרש"א מקשה על פרש"י למאי דס"ד דעל מת לבד חייבים ועל שכורה לבד לא חייבים אמאי כתיב נשבר. הריטב"א כתב בהדיא כפרש"י ומקשה את קושיית המהרש"א וכתב דנאמר נשבר בשואל אגב שנאמר בש"ש. רע"א כתב דנ"מ שאם נשבר ופחתו דמיו מחמת השכירה ואח"כ מת השואל משלם כיוקרא דלפני השכירה ולא לפי מה ששועב בשעת מיתה. ב. המהרש"א מפרש דס"ד דליכא חיוב לא במת לבד ולא בנשבר לבד אלא רק על שניהם יחד. וסברת מ"ל קטלה כולה הוא מה לי מיתה שיש שכירה לפניו מה לי שאין שכירה לפניו. ג. הרש"ש מפרש דנשבר לחוד גם לה"א חייבים אבל במיתה ס"ד דאינו חייב על מתה כדרכה דמלאך המות מ"ל הכא מ"ל התם אלא חייב רק על מיתה שבא מכח נשברה. ודחיית הגמ' היא דא"כ למה כתיב מיתה בתורה אם חייבים על נשברה לבד ממילא ידעינן דחייבים על מיתה שאחר שכירה.

מחלוקת ר' יונתן ור' יאשיה. כתב הג"י דכיון דמבואר לקמן צ"ה: דרבא ס"ל כר' יונתן ואב"י כר' יאשיה והלכתא כרבא ממילא קי"ל כר' יונתן, ומוסיף דכן כתב הרשב"א בתשובה. וכונתו לדברי הרשב"א שהובאו בב"י יו"ד ס' רכ"ה בבן שנשבע לאביו שלא ילוח ממונו בלי רשות משמעון ולוי. ומת שמעון ונשאל הרשב"א אי סגי ברשות של לוי או שצריך רשות שניהם. וכתב הרשב"א דתליא בפלוגתא דר' יונתן ור' יאשיה וקי"ל כר' יונתן. דין זה נפסק בשו"ע יו"ד ס' רכ"ה סע' מ' וברמ"א ס' רט"ז סע' ז'. הש"ך בס' רט"ז סקכ"ב מביא שהקשו על הרשב"א דמחלוקת ר' יונתן ור' יאשיה הוא בלשון תורה ואין ללמוד מזה לשבועה שתלוי בלשון בני"א. ויש לישב ע"פ מה שכתבו התוס' ביבמות ע"א. ד"ה והני דהיכא דאין מנהג ידוע בלשון בני"א אזלינן גם בנדרים ושבועות בתר לשון תורה. וי"ל עוד דנחלקו רש"י ותוס' כאן אם מה דסבר ר' יונתן דמשמע כ"א לחוד נלמד מקרא או מסברא. ואם יש לימוד ע"ז שפיר יש להקשות על הרשב"א שאין ראייה מזה ללשון בני"א. אבל אם אין לימוד א"כ ר' יונתן ור' יאשיה פליגי מסברא איך משמעות הלשון א"כ יתכן שבזה תלוי גם משמעות לשון בני"א.

הריטב"א כאן כתב בשם ר' פנחס הלוי אחיו של הרא"ה וז"ל שלא אמר ר' יונתן אלא בדבר שיש בו מניעה כגון לא תחרוש ולא תקלל וכיוצ"ב אבל באומר שיעשה לפלוני או שיתן ודאי שיעשה לשניהם משמע ולא מיפטר בחד מיניהו עכ"ל. ויש להסתפק בכונת הריטב"א שמחלק בין מניעה כגון לא תקלל ולא תחרוש לבין האומר שיעשה לפלוני, שיש ב' חילוקים בין לא תחרוש לבין אעשה לפלוני. א. שלא תחרוש הוא שלילה ואעשה הוא דבר חיובי. ב. לא תחרוש הוא לאו שנא' בתורה ואעשה לפלוני הוא דבר שהוא מקבל על עצמו בלשון בני"א. וא"כ יתכן שהריטב"א מחלק בין מניעה לקום ועשה. אך זה צ"ע מהגמ' לקמן דמבואר דפליגי ר' יונתן ור' יאשיה בין בקרא דאם בעליו עמו לא ישלם בין בקרא דאם אין בעליו עמו ישלם. הרי שאין נ"מ בזה בין שלילה לדבר חיובי. ולכן היה נראה שאין כונתו לחלק בין שלילה לבין קום ועשה אלא בין מניעה היינו לאו של התורה לבין מה שאדם מקבל על עצמו. אך גם זה צ"ע דא"כ הריטב"א חולק על הרשב"א שהובא לעיל. ומדברי הריטב"א בשבועות כ"ח: שהובא ברע"א תש' מ"ו [הובא בפת"ת ביו"ד ס' רט"ז סע' ז'] מבואר דס"ל כרשב"א שכתב שהנשבע שלא יאכל תאנים וענבים לר' יאשיה אינו עובר עד שיאכל שניהם ולר' יונתן עובר בכל אחד מהם. ושור' שהקצה"ח בס' ר"צ מביא דברי הריטב"א ומקשה עליהם ע"ש.

משמע שניהם כאחד ומשמע אחד בפנ"ע. ה"ט"ז ביו"ד ס' רכ"ח סקמ"ט הבין מלשון זה שלר' יונתן זה ספק אם משמע שניהם כאחד או כל אחד בפנ"ע. ומה"ט מקשה ה"ט"ז על הרשב"א איך סמך הרשב"א על מאי דקי"ל כר' יונתן להקל בספק שבועה. ורע"א בתש' הנ"ל תמה על ה"ט"ז דאין כונת ר' יונתן דהוי ספק אלא שלשון זה כולל גם שניהם יחד וגם כ"א בפנ"ע. ואם קיבל רשות מאחד מהם יצא בודאי ידי חובת השבועה ואין זה ספק כלל.

תורה אלא. כתבו דלר' יאשיה הא דאיצטרך קרא דיתדיו הוא לומר שלא מספיק שיהיו יחד אלא בעינן שיהיו מחוברים בבגדים בשני תכיפות ובלא תחרוש שצריך שיהיו קשורים במחרשה דבלי יחדיו ה"א שאפי' שאינם קשורים אלא שמנהיג ב' משאות שונות [ע' רש"י] או אפי' בזה אחר זה. מה שכתבו זה אחר זה היינו שה"א שאם חורש מענה זה בשור ושור חורש אותה מענה בחמור [ע' תוס' הרא"ש] הרי שחרישה זו נעשה ע"י שור וחמור ואסור. קמ"ל יחדיו דבעינן שיהיו מחוברים למחרישה אחת.

דף צה.

מה לש"ש שכן משלם תשלומי כפל בטענת לסטים מזוין. מבואר בגמ' דלא משכחת לה טט"ג בשואל כיון שחייב באונסין ואינו נפטר אפי' בטענת לסטים מזוין. הקצה"ח בס' ש"מ סק"ג מקשה דמבואר בשו"ע שם ד"א שאם שאל בהמה ללכת עמה בדרך פלוני והלך באותו דרך ונגנב דחשיב נגנבה מחמת מלאכה ופטור. וקשה א"כ משכחת בשואל טט"ג כשטוען שנגנבה מחמת מלאכה ונמצא שהוא עצמו גנבו. וכתב הקצות דמ"מ שכיח טט"ג יותר בש"ש מבשואל. ויש להקשות עוד דמבואר ברשב"א בב"ק קי"ב. בשם הראב"ד דמשכחת טט"ג בשואל כשטוען שאינו שואל ושנגנבה ונמצא שהוא שואל ושהוא עצמו גנבו. ויש לישב כל זה ע"פ דברי השיטמ"ק בב"ק נ"ז: שכתב על קושיית התוס' שם דמשכחת טט"ג בשואל כשטוען שנגנב אלא מפני טענת גניבה אלא מפני שהיה בעליו עמו. וכן בנגנבה מחמת מלאכה אין הפטור משום שנגנב אלא מפני שזה מחמת מלאכה. וכן בראב"ד אין הפטור מפני שנגנב בלבד אלא הטענת פטור כולל שאינו שואל, וכל כה"ג שאין הפטור מחמת טענת גניבה לבד ליכא דין טט"ג. ועיין בקו"ש בב"ב אות תרנ"ט שכתב בסוף דבריו שיש לישב קושיית הקצות על נגנבה מחמת מלאכה ע"פ השיטמ"ק על בעליו עמו.

קסבר לסטים מזוין גולן. מבואר שאם לסטים מזוין הוא גולן לא משכחת בש"ש ט"ג. והקשו התוס' לעיל מ"ב.

ובב"ק נ"ז. שמשכחת לה בטוען שנגנבה באונס כגון שחפר בקרקע עמוק ק' אמה ונגנב ונמצא שהוא גנב. התוס' בב"ק הוכיחו מזה דש"ש חייב בכל גניבה אפי' בגניבת אונס שכל גניבה הוא קרוב לאונס ואעפ"כ חייבה תורה א"כ לא חלקו בין אונס לאונס. וכ"כ הרא"ש שם וזה המקור של השיטות שהובאו בטור ובשו"ע בס' ש"ג שאפי' עשה השומר מחיצה של ברזל או חפר ק' אמה ונגנב הוא חייב. ורק בלסטים מזוין התורה פטרה שאפי' אם היה שם לא היה יכול להציל. התוס' לעיל מ"ב. כתבו דאין נראה לחייב ש"ש על גניבת אונס. ועל השאלה דמשכחת בש"ש ט"ג בגניבת אונס כתבו התוס' שם דלמאי דס"ד הכא דחייב גניבה ואבידה בשואל נלמד ק"ו מש"ש כמו שש"ש פטור על גניבת אונס כך שואל פטור על גניבת אונס. וא"כ ליכא אופן שבש"ש איכא ט"ג ובשואל אין אלא בלסטים מזוין, דבסתם גניבה בתרוייהו ליכא ט"ג ובגניבת אונס בתרוייהו איכא ט"ג. ומה שאליכא דאמת שואל חייב גם בגניבת אונס הוא למאי דמסקינן הכא שחייב גו"א בשואל נלמד מו' מוסיף וילמד עליון מתחתון ותחתון מעליון וע"י ההקש זה נחשב כאילו כתוב גו"א בשואל וממילא שואל חייב אפי' בגניבת אונס אף שש"ש פטור מגניבת אונס.

הש"ך בס' ש"ג סק"ד כתב שהעיקר בזה כדעת הסוכרים שש"ש אינו חייב בגניבת אונס. ומביא שכן דעת היש"ש בב"ק

פ"ו ס' י"א, וגם הגאון בסק"ד מביא את דברי היש"ש. על ראת התוס' מכאן כתב היש"ש וז"ל נר' דלק"מ דפשיטא דמי שסובר שלסטים מזוין גולן הוא ק"ו נגנבה באונס גדול והוי כטענת אונס עכ"ל. דהיינו כמו שטענת לסטים מזוין אינו מחייב כפל של ט"ג כך טענת גניבה באונס אין לו דין טענת גניבה לענין חיוב כפל. וצ"כ אמאי אין זה נחשב טענת גנב הרי זה נגנב בדרך גניבה ומה בכך שהיה אונס. והיה מקום לומר ע"פ מה שנתבאר לעיל שגם בזה אין הפטור מחמת טענת גניבה שבזה אלא מפני האונס שבזה. אבל א"א לומר כן דא"כ גם בלסטים מזוין לא יהיה כפל בט"ג אפי' למ"ד לסטים מזוין גנב הוא, שאין הפטור מפני שנגנב אלא מפני האונס שבזה. ומפורש בדברי היש"ש שמה שכתב שאין דין ט"ג כשטוען שנגנב באונס הוא רק למ"ד לסטים מזוין גולן. ואינו מוכן מה ענין גניבת אונס למחלוקת אם לסטים מזוין הוא גנב או גולן. דיש לעיין במה תלוי המחלוקת אם לסטים מזוין הוא גנב או גולן. דלשון הגמ' בב"ק נ"ז. הוא דהמ"ד שסובר שהוא גנב הוא משום דמטמר מאינשי. אבל לא מבואר שם מהו סברת מי שחולק. והפשטות הוא דס"ל דאע"ג דמטמר מאינשי מ"מ כיון שאם ימצאנו בעה"כ הוא לא יכרח ככל גנב אלא יעמוד כנגדו ויקח בחזקה לכן הוי גולן. וכך הבין הלח"מ בפ"א מגניבה ה"ג, ועיין באבה"א שם שהאריך לבאר דנחלקו רש"י והרמב"ם דלרש"י הוא נחשב כגולן רק אם באמת לקח בחזקה, ולרמב"ם אף שלא פגש את בעה"כ ולא לקח בחזקה הוא גולן כיון שגם אם היה פוגע בבעלים היה לוקח בחזקה. ולפ"ז רק בלסטים מזוין יש מ"ד דהוי גולן, אבל בגניבת אונס שהוא לגמרי בדרך גניבה אין סיבה שיחשב כגולן. [עייין ב"ק ע"ט: גבי בעלי שכם ובתוס' שם].

ומוכח מזה שהיש"ש מפרש סברת המ"ד לסטים מזוין גולן באופן אחר. והדברים מבוארים בלשון היש"ש שהובא לעיל

וביותר בדברי ההגהות מיימוניות בפ"א משכירות אות ג' והובא ביש"ש קרוב לסוף הסימן וז"ל ולמ"ד לסטים מזוין גולן הוא ה"ה לכל גניבת אונס גמור קרר להו גולן דהא לסטים מזוין נמי מטמר אעפ"כ קרי ליה גולן ואין תלוי רק באונס ואין חילוק בין גנב לגולן רק לענין כפל עכ"ל. ולשון זה הובא גם בב"י בס' ש"ג בד"ה וז"ל מהרי"ק בשם המרדכי ע"ש. ומבואר שמה שיש מ"ד דלסטים מזוין הוא גולן אינו מפני שלוקח בחזקה אלא עצם הדבר שזה אונס גמור מפיקע מזה שם גניבה, וכמו שלסטים מזוין אינו גנב מפני שזה אונס כך כל גניבת אונס אין לו דין גנב מפני שזה אונס. ביאור הדברים הוא שיש ב' דברים המיוחדים לגנב א. צורת הלקיחה שהוא בדרך גניבה. ב. גניבה הוא מודד דדרגת האונס, דאיכא אונס כעין אבידה ואונס כעין גניבה ואונס גמור. והמ"ד דס"ל לסטים מזוין גנב ס"ל שכל מה שקובע שם גנב לענין ט"ג הוא רק שיהיה בצורת גניבה. אבל המ"ד דס"ל לסטין מזוין גולן ס"ל דלא סגי בצורת הגניבה אלא בענין גם שיהיה בדרגת אונס של גניבה. ולכן ס"ל דלסטים מזוין אינו נחשב גנב [וכל שאינו גנב נקרא בשם גולן שהוא שם כולל לכל לקיחת ממון שאינו בצורה המיוחדת של גנב] כיון שהוא אונס גמור ואינו אונס כעין גניבה. ומה"ט ס"ל נמי שכל גניבת אונס אינו נחשב גניבה לענין ט"ג מפני שאין זה אונס כעין גניבה אלא אונס גמור והתנאי לשם גניבה לענין ט"ג הוא שיהיה בצורת גניבה כסתר ושיהיה בדרגת אונס של גניבה. ולכן מי שסובר שלסטים מזוין אינו גנב ס"ל שכל גניבת אונס אינו נחשב גניבה לענין ט"ג.

אכתי צריך לבאר דהנ"מ בין המ"ד לסטים מזוין גנב לגולן הוא לא רק לגבי ט"ג אלא גם לגבי כפל דגנב עצמו שאם

לסטים מזוין הוא גנב הוא משלם כפל ואם הוא גולן אינו משלם כפל. ולענין זה הגנב שגנב גניבת אונס בודאי משלם כפל ולא אמרינן דכיון שזה אונס גדול אין ע"ז שם גניבה ומ"ש ט"ג שלגבי מחשיבים גניבת אונס כטענת גולן מגניבה עצמה שלגבי גם גניבת אונס הוי גניבה ומחייב כפל. והיש"ש בעצמו הרגיש בזה ואחר שכתב שלמ"ד לסטים מזוין גולן גם טענת נגנבה באונס הוא כטענת גולן ואינו מחייב כפל כתב וז"ל ואף שיש לחלק בשלמא גבי טוען לסטים מזוין גנב שפטור [מכפל של ט"ג] מאחר שנמצא הגניבה ביד לסטים מזוין אינו משלם כפל דגולן פטור מכפל ה"ה בטוען, אבל נגנבה באונס שאם נמצא הגנב משלם כפל [ואין לגניבת אונס דין גולן לענין זה] דהא ס"ס גנב ה"ה בטוען באונס נמי לשלם [וכמו שגניבת אונס נחשב גנב לענין שהוא משלם כפל כך יחשב גנב לענין ט"ג] מ"מ נוכל לומר דס"ל לתלמודא מאחר שטוען נגנבה באונס גדול אינו דומה כלל לטוען טענת גנב אלא לטוען סתם נאנסה עכ"ל. ונראה שביאור הדברים הוא שלגבי כפל של גנב עצמו אין לחלק בין גניבת אונס לגניבה רגילה. דמה שהחפץ היה מונח בקרקע בעומק ק' אמה אינו משנה את מעשה הגניבה. דהאונס הוא מה שנתגלה החפץ אבל אחר שנתגלה אין שום שינוי בין גניבה זו לכל גניבה. וכן אם הקיף מחיצה של ברזל ונפל ברוח שאינה מצויה ואח"כ נגנב ברור שאחר שנפל המחיצה הגניבה היתה ככל גניבה ואין שום סיבה שלא ישלם כפל. ורק לסטים מזוין שהוא צורה אחרת של גניבה בזה האונס מפיקע מזה שם גניבה ואינו משלם כפל. אבל לגבי טענת גנב שבאמת לא היה גניבה כלל אלא שהוא טען נגנבה לגבי הטענה גניבת אונס הוא כמו טענת לסטים מזוין שלגבי הטענה צריך להוסיף לטענה שהיה אונס ובה שונה טענת נגנבה באונס מסתם טענת גנב ודמי לטענת לסטים מזוין. נמצא דכלפי הטענה גניבת אונס דמי ללסטים מזוין דבתרוייהו יש תוספת אונס למעשה הגניבה ובה אין דין ט"ג למ"ד לסטים מזוין גולן ורק לגבי גנב עצמו יש הבדל בין לסטים מזוין שיש בו הבדל במעשה הגניבה לגניבת אונס שאין הבדל בינו לכל גניבה.

נמצא ב' דרכים בביאור המחלוקת אם לסטים מזוין הוא גנב או גולן. א. פליגי אם כיון דמטמר מאינשי הוא גנב או שנחשב

גולן מפני שאם יעמוד הבעלים כנגדו הוא יקח בחזקה. ב. ליש"ש ולהגהות מיימוניות פליגי אי שם גניבה תלוי רק במטמר מאינשי או גם בדרגת האונס והמ"ד לסטים מזוין גולן ס"ל דאף דהוי בצורת גניבה אם זה אונס גמור אין ע"ז שם גנב לענין

ט"ג. ולדבריו מיושב דלא משכחת ט"ג בש"ש בטענת גניבת אונס למ"ד לסטים מזוין גזלן ואין ראייה מכאן לחייב ש"ש בגניבת אונס.

תוד"ה שואל. התוס' לעיל מ"א: ובפרק הכונס הקשו למאי דס"ד דכפילא עדיפא איך לומדים חיוב גו"א בשואל מק"ו מש"ש אדרבה כיון ששואל חמור עדיף שיהיה פטור בגו"א כדי שיוכל לבא לידי חיוב כפל בט"ג. ועוד הקשו אם כפילא בשבועה עדיפא מנין שפרשה ראשונה בש"ח ושניה בש"ש. וכתבו דאין צד בגמ' לומר שכפילא עדיפא אלא ס"ד רק שיש בזה צד חומרא והוי פירכא לק"ו. ומשני דאפי' פירכא אין בזה. ע"ש.

תוד"ה וי"ו מוסיף. כתבו שלמסקנה שנלמד מהקש לא צריך להגיע לק"ו ללמוד חיוב גו"א בשואל מש"ש אלא אפשר ללמוד מההקש גם את החיוב כשאין בעליו עמו וגם את הפטור של בעליו עמו. וכן מבואר ברש"י ד"ה וילמד עליון מתחתון. עיין תוס' לעיל מ"ב. ד"ה אמר שיש נ"מ בין אם לומדים חיוב גו"א בשואל מק"ו או מהקש. שאם נלמד מק"ו א"א לחייב שואל בגניבת אונס כיון שחיוב גו"א נלמד מש"ש ושם ליכא חיוב על גניבת אונס לשיטת התוס' שם, ואף שבשאר אונסין שואל חייב על גניבת אונס יהיה פטור. אבל למסקנה שנלמד מהקש הרי זה כאילו כתוב גו"א בשואל עצמו ואז אפשר לחייב שואל גם על גניבת אונס.

איתמר פשיעה בבעלים. קי"ל כמ"ד פשיעה בבעלים פטור. הראב"ד בפ"ב משכירות ה"ג מקשה מזה על הרמב"ם דס"ל שגם בעשו"ק שנתמעטו מדיני שומרים יש חיוב על פשיעה דפשיעה חשיב כמזיק, א"כ אמאי בבעליו עמו יש פטור גם מפשיעה. והובא לעיל שהש"ך בס' ס"ו ס"ק קכ"ו כתב דשאני בעליו עמו שיש לימוד מיוחד לפטור פשיעה וע"כ שכלול במיעוט של בעליו עמו שאינו שומר כלל והוי כאיניש דעלמא ואינו חייב בשמירה וממילא אין בפשיעתו משום מזיק. וזה דלא כקצות והנתיבות שהובאו לעיל שכתבו שיש בבעליו עמו דין שליחות יד ויש צד לומר שיש גם שבועת השומרים ומוכח דלא נתמעט אלא מחיוב תשלומין ולא מחיוב שמירה. ומדברי הרמב"ם בפ"א משכירות ה"ד הוכיחו האחרונים דס"ל שגם בבעליו עמו יש חיוב שמירה. שהרמב"ם פסק שם ששומר שמסר לשומר באופן שאין טענה של אין רצוני שיהא פקדוני ביד אחר פטור. וזה דוקא כשלא מיעט בשמירה, אבל אם מיעט בשמירה כגון שהיה ש"ש ומסר לש"ח הוא חייב. וכתב הרמב"ם שהוא חייב אפי' שהיה שומר שכר בבעלים ומסר לש"ח שמיעט בשמירה. ודברי הרמב"ם צ"ב בתרתי. א. למה זה הורדה בשמירה אמנם הוא ש"ש אבל אין עליו חיובים אפי' של ש"ח שהרי בעליו עמו. ב. אפי' את"ל שיש כאן הורדה בשמירה וא"כ הוא פשע בשמירתו הא קי"ל שבבעליו עמו אין חיוב אפי' על פשיעה. ולמה גרע מה שמסר לש"ח מאילו לא שמר כלל שהיה פטור. וכתב האור"ש בפ"ג משכירות ה"ח שמוכח מדברי הרמב"ם האלו שגם בבעליו עמו יש חיוב שמירה. וזה דלא כמש"כ הש"ך בדעת הרמב"ם. ובישוב קושית הראב"ד עיין מש"כ ה"ח ה"ח בס' ש"א סק"א.

אכתי קשה אמאי חייב על הורדת השמירה הרי פשיעה בבעלים פטור. וכתב בזה הכ"מ שם שמה שפשיעה בבעלים פטור היינו כשפשע בשב ואל תעשה שלא שמר כראוי, אבל היכא שעושה בקום ועשה פעולה של פשיעה הוא נחשב כמזיק ואין בזה פטור של בעליו עמו. ועיין ברע"א בס' ש"ט סע' א' שכתב שהשוכר בהמה להוליכה בהר והוליכה בבקעה שחייב אם הוחמה מפני שהשינוי מהר לבקעה הוא פשיעה לענין הוחמה, לדברי הכ"מ הוא יהיה חייב אפי' אם היה בעליו עמו דזה מעשה של פשיעה. אך באופן זה של רע"א ניהא דאיכא פשיעה בקום ועשה שהולך את הבהמה למקום שיכול לינזק. אבל בדברי הכ"מ צ"ב אמאי חשיב מסירה לש"ח פשיעה בקום ועשה יותר מאשר אם הוא עצמו פשע ולא שמר הרי אין הש"ח מזיק אלא ששומר פחות. ועיין במל"מ שכתב על דברי הכ"מ שלא ידע טעם לדברים אלו.

בעיקר דברי הראב"ד דפשיטא ליה שאם יש חיוב של מזיק אין פטור של בעליו עמו עיין במל"מ פ"ב משכירות ה"ג ובפכ"א מאישות ה"ט שדברי הראב"ד לכאורה סתרי אהדידי. שהרמב"ם כתב בפכ"א מאישות ה"ט שהאשה ששברה כלים פטורה לשלם מתקנ"ח שאם אי אתה אומר כן אין שלום בבית לעולם. ומקורו מדברי הירושלמי שהובא בתוס' בכתובות פ"ו: . והקשה שם הראב"ד דלא צריך להגיע לתקנ"ח דבל"ה היא פטורה משום דהוי בעליו עמו שהבעל משועבד לאשתו. וכתב המ"מ שם שהרמב"ם ס"ל שרק האשה משועבדת לבעל למלאכה בכל עת אבל הבעל אינו שכור עמה אלא בשעה שעוסק בצרכיה. עכ"פ משמע מדברי הראב"ד דס"ל שגם באדם המזיק איכא פטור של בעליו עמו ולכאורה סותר דבריו בהל' שכירות. עיין מש"כ בזה המל"מ בשכירות ובאישות. החזו"א בב"ק ס' י"א סקכ"א כתב שמה שכתב הראב"ד שיש בזה פטור של בעליו עמו הוא כשאין לחייבה מדין אדם המזיק אלא רק מדין שומר. ובתחילה כתב החזו"א שהראב"ד ס"ל שאם הנזק היה בפשיעה היא חייבת מדין אדם המזיק והיכא דהוי אונס כעין גניבה שא"ל לחייב מדין אדם המזיק וכל חיובה מפני שהיא כש"ש ע"ז כתב הראב"ד שפטורה משום דהוי בעליו עמו. ושוב מביא החזו"א שביירושלמי שהובא בתוס' בכתובות מבואר שהיא פטורה גם בפשיעה. וכתב דאף דאיכא פשיעה אין זה אדם המזיק שלא נפל מידה אלא שלא שמרה והוזק מאליו, ובזה החיוב הוא מדין שומר ויש ע"ז פטור של בעליו עמו. והרמב"ם ס"ל שהפטור הוא אפי' באופן שיש ע"ז דין אדם המזיק ובה צריך להגיע לתקנ"ח א"נ גם הרמב"ם ס"ל שלא תקנו לפטור את האשה אלא כשאין חיובה משום אדם המזיק אלא רק מדין שומר ואעפ"כ צריך תקנ"ח מפני שאין זה נחשב בעליו עמו כמש"כ המ"מ, יעו"ש בחזו"א. ויוצא שלכו"ע פשוט שבמקום שיש חיוב של אדם המזיק אין צד לפטור משום בעליו עמו.

בכתבי הגר"ח מובא בשם הגר"ח זצ"ל לבאר השגת הראב"ד בפ"ב משכירות אפי' אם נאמר שגם במזיק יש פטור של בעליו עמו. ומה שמקשה הראב"ד על הרמב"ם דס"ל שפשיעה הוי כמזיק אמאי פשיעה בבעלים פטור אין כונתו להקשות דכיון שזה מזיק לא יהיה פטור של בעליו עמו אלא דמה שהדין של בעליו עמו תלוי בשעת שאלה הוא מפני שזה הזמן שחל על השומר חיוב אחריות שהוא הסיבה לחיוב שחל עליו בשעת הנזק. אבל אם פשיעה חיובו משום מזיק אין חיובו מחמת חיוב השמירה שקיבל בשעת משיכה אלא כל סיבת החיוב הוא בשעת פשיעה שאז הוא מזיק ואם יש בזה פטור של בעליו עמו זה רק אם היה בעליו עמו בשעת נזק אבל הבעליו עמו של שעת משיכה לא צריך לפטור מחיוב זה של פשיעה אם הוא מטעם מזיק. ומזה שגם בפשיעה בעליו עמו תלוי בשעת משיכה מוכח שאין חיובו של פשיעה מדין מזיק.

תוד"ה איתמר. כתבו דקי"ל דפשיעה בבעלים פטור משום דקי"ל בפלוגתא דר"א ורבינא כדברי המיקל. וגם בממון אזלינן בתר מי שמיקל על המוחזק דזה נקרא בלשון הגמ' קולא אף שבאמת זה קולא למוחזק וחומרא לתובע. ובפשטות אין כונת התוס' לומר שמה שפוטרים כאן הוא מספק אלא זה הכרעה ודאית דקי"ל כדברי המיקל. אמנם הגאון בס' שמו"ו סקט"ו

כתב בדעת הרמב"ם דמה דקי"ל שפשיעה בבעלים פטור הוא מספק. ומבאר הגאון בזה את דברי הרמב"ם בפ"ב משאלה ה"ח שכתב על הספקות שיש בגמ' לקמן צ"ו. בכמה אופנים אם יש פטור של בעליו עמו או לא, והכריע הרמב"ם שבגמ"א או אונסין הוא פטור שמה זה בעליו עמו, אבל בפשיעה חייב. וקשה הרי קי"ל שפשיעה בבעלים פטור וא"כ גם בספק יהיה פטור כמו שפטור מגמ"א מספק. וכתב הגאון שהרמב"ם מחייב בזה מפני שיש בזה ב' ספקות לחיוב. דהיינו דס"ל לגאון שהרמב"ם פסק שפשיעה בבעלים פטור מספק וכשמצטרף עוד ספק שמה אין זה בעליו עמו יש ס"ס לחיוב. וסובר הרמב"ם שמוציאים ממון מכח ספק ספקא. ועיין לקמן צ"ו. מה שכתבנו עוד בדברי הרמב"ם בזה.

דף צה:

עד שתהא פרה וחורש בה. החינוך במצוה ס' כתב שטעם הפטור של בעליו עמו הוא משום שהבעלים נמצאים עם בהמתם ויכולים הם לשמור לא חייבה תורה את השומר. ומה שהפטור תלוי בשעת שאלה מבאר החינוך שלא נתנה תורה דבריה לשיעורים ע"ש. בספר משך חכמה פרשת משפטים כתב בשם אדרת אליהו כדברי החינוך ומבאר בזה סברת רב המנונא דלא סגי בעמו בשעת שאלה אלא בעינן שיהיה עמו גם בשעת שבורה ומתה. וזה גם הסיבה שמצריך רב המנונא שיהיה עמו באותה מלאכה שרק אז לא סילק הבעלים שמירתם. ועיין בשיטמ"ק בשם תר"פ שחולק על רש"י שכתב שועוד תניא הוא שאלה על מה שר"ה מצריך עמה גם בשעת שבורה ומתה דלשון ועוד משמע ששני השאלות הם על דין אחד. ומבאר ששני הדינים של ר"ה תלויים זה בזה דאם תלוי רק בשעת שאלה ע"כ דלא בעינן עמה באותה מלאכה שהרי בשעת שאלה עדיין אינה במלאכה. וזה כנ"ל ששני הדינים של ר"ה תלויים זב"ז. אך גם רב המנונא מודה דבעינן נמי שיהיה עמו בשעת שאלה ולא סגי בשעת שבורה ומתה לכד דבעינן שיתחיל הפטור בתחילת חיוב השמירה. ויש לעיין לרב המנונא אי בעינן שיהיה עמו כל הזמן משעת שאלה עד שעת שבורה ומתה כפשטות לשון הגמ' או שתלוי רק בשעת שאלה ובשעת שבורה ומתה בלבד.

עוד יש לעיין בדברי רב המנונא דס"ל דבעינן שיהיה עמה במלאכתה איך משכחת לה בעליו עמו בש"ח ובש"ש הרי שם אינו עושה מלאכה בפקדון. ואף שלא מפורש במשנה או בברייתא שיש דין בעליו עמו בשומרים דלא נזכר אלא שואל ושוכר מ"מ לא משמע דרב המנונא חולק על כל הלימודים שנזכרו בגמ' לעיל דאיכא פטור של בעליו עמו בש"ש ובש"ח. ונראה דמשכחת לה כשנשכר המפקיד לסייע לשומר בשמירת הפקדון. ויהיה מזה ראיה לדברי הסמ"ע שכתב בס' רצ"א סק"ח שאם לא נסתלקו הבעלים משמירתם אלא היו שומרים קצת עם השומר בתחילת השמירה ה"ל שמירה בבעלים. הש"ך בסק"ב כתב על דברי הסמ"ע ולא ידענא מנא ליה הא ולא דמי לבעליו עמו שמבואר בסוף ס' רצ"א. [עיין מש"כ בזה הנהיבות בסק"א]. ולכאורה כונת הש"ך דבעליו עמו היינו כשעוסק המפקיד במלאכת השומר אבל מה שמסייע בשמירה זה שמירת ממנו וזה מלאכה שהוא עושה לעצמו ולא בשביל השומר. אך הסמ"ע איירי באופן שאין כונת הבעלים להוסיף שמירה על שמירת השומר אלא להקל על מלאכת השומר. והוא מסייע בזה לשומר ושפיר הוי בעליו עמו. ובכה"ג משכחת בעליו עמו בש"ח וש"ש גם לרב המנונא.

דף צו.

איפוך אנא. ביאור דברי הגמ' הוא דחיובו של שומר מורכב משני חלקים. חיוב אחריות שחל עליו בשעת קבלת השמירה, וחיוב תשלומין שחל עליו בשעת שבורה ומתה. ואחרי שילפינן מקרא שכדי שיהיה פטור של בעליו עמו מספיק שיהיה עמו באחד מזמנים אלו יש לדון אם מסתבר יותר שהפטור תלוי בשעת משיכה שאז חל עליו חיוב האחריות או בשעת שבורה ומתה שזה הזמן שחל חיוב הממון בפועל. יש לעיין מכאן על דברי הש"ך בס' ס"ק קכ"ו שהובא לעיל שכתב שבבעליו עמו אין השומר שומר כלל אלא הוא כאיניש דעלמא, דלדבריו שאינו שומר כלל בודאי שתלוי בשעת קבלת השמירה, ומה שאלת הגמ' אדרבה שבורה ומתה עדיפא שזה זמן חיוב התשלומין, הרי אין בעליו עמו פטור מתשלומין אלא שמעיקרא לא נעשה שומר וזה תלוי בשעת קבלת השמירה. אלא משמע כדברי שאר הפוסקים וכדמוכח ברמב"ם שאין זה אלא פטור מתשלומין, ולענין זה שפיר מספקא לגמ' כמה יותר מסתבר לתלות את הפטור, אם בשעת קבלת השמירה שלא חל עליו האחריות של שומר או בשעת שבורה ומתה שאינו מתחייב לשלם בפועל. ובדעת הש"ך לכאורה צריך לדחוק דזה גופא הנידון בגמ' אם הפטור של בעליו עמו הוא בעיקר הדין שומר ואז תלוי בשעת שאלה או שזה רק פטור מתשלומין ואז תלוי בשעת שבורה ומתה. ומה דס"ל לש"ך שאינו שומר כלל הוא למאי דמסקינן שהפטור של בעליו עמו תלוי בשעת שאלה.

שבורה ומתה עדיפא שכן חייב באונסיה. בכתובות ל"ד. ובב"ק קי"ב. הובא מחלוקת אם שואל מתחייב משעת שאלה, דהיינו שבשעת שאלה חל עליו חיוב להחזיר את הפקדון או את דמיו ודומה לחיוב של גולן שחל עליו בשעת גזילה. או שהחיוב חל בשעת מיתת הבהמה. וכתב השיטמ"ק לקמן צ"ז: בד"ה והרמב"ן שמכאן מוכח דקי"ל ששואל מתחייב בשעת אונסין. ולכן יש צד לומר שהפטור של בעליו עמו תלוי בשעת אונסין שזה זמן חלות חיובו. או דלמא תלוי בשעת שאלה שזה הזמן שחל עליו חיוב האחריות. אבל אי נימא כמ"ד שואל משעת שאלה מתחייב אין צד לומר שבעליו עמו תלוי בשעת שבורה ומתה. ויש לעיין בדעת הרמב"ם שפסק בפ"א משאלה ה"ה ששואל משתעבד משעת שאלה איך יפרש דברי הגמ' כאן שבורה ומתה עדיפא שכן חייב באונסיה הרי לדבריו חיוב אונסין חל בשעת משיכה.

הקצה"ח בס' רצ"א סק"א מביא שהרמב"ן בסוף המפקיד מקשה אמאי שואל משלם לפי היוקרא וזולא של שעת האונס ולא כגולן שמשלם כשעת הגזילה. ותי' הרמב"ן דכיון ששואל מתחייב בשעת אונסין הוא משלם לפי הערך של שעת האונסין משא"כ גולן חיובו בשעת גזילה. וכתב הקצות שמשמע ברמב"ן שלמ"ד שואל משעת משיכה מתחייב הוא ישלם כשעת שאלה כדין גולן. ומקשה הקצות שהרמב"ם פסק בפ"א משאלה ה"ה ששואל משעת משיכה מתחייב ואעפ"כ מבואר במ"מ שמשלם כשעת האונס. ולרמב"ם קשה מ"ש שואל שמשלם כשעת האונס מגולן שמשלם כשעת הגזילה. וכתב הקצות לישב ע"פ דברי הריטב"א לקמן צ"ז: שכתב שאפי' למ"ד ששואל משתעבד משעת משיכה אין הכוונה שהוא כגולן שחל חיובו משעת משיכה דעיקר החיוב בשואל הוא לכו"ע משעת האונס, ולא נחלקו אלא לענין שיעבוד הנכסים, דיש מ"ד שחל השיעבוד רק בשעת האונס ויש מ"ד דאף שהחיוב בפועל חל בשעת אונס מ"מ יש שיעבוד נכסים מתחילת השאלה שזה הזמן שחל חיוב האחריות שכתוצאה ממנו יכול לבא אח"כ חיוב ממון. ודמי לזרק חץ שמבואר בנ"י ב"ק כ"ג. שחל שיעבוד מיד עם זריקת החץ אף שעדיין לא הוזק ואין חיוב ממון בפועל, מ"מ חל שיעבוד כיון שיכול לצאת חיוב מזריקה זו. וכיון שהחיוב בפועל חל לכו"ע רק משעת האונס משלמים כשעת האונס. לפ"ז יתישב גם מה שקשה מכאן, שגם למאי דפסק הרמב"ם כמ"ד ששואל מתחייב משעת

משיכה אין זה אלא לענין שיעבוד נכסים אבל החיוב בפועל חל בשעת האונס ולכן יש צד לומר שהפטור של בעליו עמו תלוי בשעת האונס. והשיטתו"ק שהוכיח מכאן דקי"ל כמ"ד משעת אונסין קאי בשיטת הרמב"ן שתלה דין יוקרא וזולא במחלוקת אם מתחייב משעת משיכה או משעת שאלה, אבל לרמב"ם ולריטב"א נחא גמ' דידן גם למ"ד משעת שאלה דגם לדידה עיקר החיוב חל בשעת האונס.

שכן חייב במזונותיה. צריך להבין כונת הגמ' בזה דמה ענין חיוב מזונות שחל בשעת משיכה לחיוב אונסין שחל בשעת האונס. וכל מה שיש צד שבעליו עמו תלוי בשעת משיכה הוא מפני שזה זמן קבלת השמירה ואז חל חיוב האחריות. אך מאידך יש צד שתלוי בזמן שבורה ומתה שזה הזמן שחל חיוב הממון, ומה ענין חיוב מזונות להכריע שחיוב אונסין תלוי יותר בשעת משיכה וצ"ע.

שאלה לרבעה מהו ליראות בה מהו. רש"י ורוב הראשונים פרשו ספקות אלו לענין חיוב אונסין דשואל ולא לענין הפטור של בעליו עמו. וצ"ב מהו הספק בשאלה לרבעה הרי הוא שאל כדי להשתמש בבהמה ומה בכך שאין זה כדשיילי אינשי. ובשלמא בשאלה כדי ליראות יש צד לומר שאינו שואל כיון שאין לו השתמשות בגוף הפקדון אבל לרבעה הוא משתמש בגוף הפקדון ומה נ"מ אם זה כדשיילי אינשי או לא. הקצה"ח בס' ע"ב סקל"ד מביא את דברי שו"ת הר"ן שהשואל ספרים ללמוד בהם אין לו דין שואל להתחייב באונסין כיון שהמשאיל מקיים מצוה ואית ליה הנאה דפרוטה דר"י והוי כשוכר ולא כשואל. הקצות כתב שיש לפטור את השואל ספרים מטעם אחר דחיובו של שואל הוא משום שכל הנאה שלו ושימוש של מצוה אינו הנאה דמצוות לאו להנות ניתנו. וכדבריו כתב גם המחנ"א שאלה ס' ג'. הנתיבות בס' ע"ב סק"ז חולק על הקצות וכתב דאשתמיט ליה דברי ה"ט"ז ביו"ד ס' רכ"א סקמ"ג דתלמוד תורה ליהנות ניתן ולא אמרינן בת"מ מצות לאו להנות ניתנו. [ידועים דברי האבני נזר בהקדמה לספר אגלי טל שעיקר מצות לימוד התורה הוא שיהיה הלומד שש ושמה ומתענג בלימודו שמתוך כך דברי תורה נבלעים בדמו. ובתוך הדברים מביא האגלי טל שם את דברי ה"ט"ז ביו"ד ס' רכ"א]. אך זה רק טענה לענין ספרים אבל בשאר חפצים של מצוה כגון השואל שופר לתקוע בו יודה הנתיבות לסברת הקצות שאינו שואל דמצות לאו להנות ניתנו.

האור"ש בפ"ז משאלה ה"ד חולק על הקצות והמחנ"א מטעם אחר דאין חיובו של שואל תלוי בהנאה אלא בהשתמשות. וכיון שמקבל השואל את השתמשות החפץ מן הבעלים הרי הוא נחשב בזמן השאלה לבעלי החפץ וכמו שתמיד הפסד החפץ הוא לבעליו כך השואל שנחשב בזמן השאלה כבעלים על החפץ כיון שיש לו את השימוש בחפץ לכן הוא באחריותו לענין אונסין. ומבאר האור"ש שהשימוש שנותן דין שואל הוא שימוש שבשבילו קונים חפץ כזה. וכיון שספר עומד בשביל ללמוד בו ובשביל זה קונים ספר כשנותן שימוש זה לשואל הוא נחשב כבעלים לזמן השאלה. ואין נ"מ אם השימוש נחשב הנאה או לא. משא"כ לרבעה או ליראות בה אין אלו תשמישים שקונים בשביל זה בהמה ואין בהמה עומדת לשימושים אלו ולכן יש צד שאין זה נותן לשואל שם בעלים להתחייב באונסין.

הרמב"ם בפ"ב משאלה ה"ט כתב על כל ספקות אלו של הגמ' שכל אלו ספק שאלה בבעלים. דהיינו שהרמב"ם אינו מפרש כרש"י שהספק הוא אם יש לו דין שואל או לא אלא פשוט שהוא שואל וחייב באונסין והספק הוא אם יש במקרים אלו פטור של בעליו עמו. ואינו מוכן אם יש בזה דין שואל למה יש צד שלא יהיה בזה פטור של בעליו עמו ומ"ש שאלה זו מכל שאלה. הלא"מ מבאר שאם שאלה לרבעה ורבעה או שאלה ליראות בה והיה לו השימוש של ליראות בה פשוט ששימוש זה מחייב באונסין. אך הספק הוא אם הוא נעשה שואל מתחילת משיכתו לצורך שימושים אלו. והספק לענין בעליו עמו הוא כשהיה עמו בשעת שאלה ולא בשעה שרבעה. ואי אמרינן שגם כששואל לשימושים אלו הוא מקבל קנין שאלה בשעת משיכה יהיה בזה פטור של בעליו עמו כמו בכל שואל שאם היה עמו בשעת שאלה אינו צריך להיות עמו בשעת שבורה ומתה. אבל אם כשמושך לצורך שימושים אלו אינו נעשה שואל עד שמשתמש בפועל לא יועיל מה שהיה בעליו עמו בשעת שאלה שהרי לא נעשה שואל עד שרבעה ואז אין בעליו עמו.

אכתי צריך לבאר איזה צד יש לומר שכששואל לרבעה לא יקבל דין שואל בשעת משיכה עד שרבעה ומ"ש שימוש זה מכל שימוש אחר שנעשה שואל בשעת משיכה. ולכאורה צ"ל דמבואר לקמן צ"ט. דר"ה ס"ל שהשואל קרדום בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו, דהיינו דס"ל שכל שואל אינו קונה במשיכה אלא בתחילת מלאכה. ואנן קי"ל כר"א שם דס"ל שתקנו משיכה בשומרים. הריטב"א שם מבאר סברת ר"ה דס"ל דמשיכה קונה רק כשקונה את גוף הדבר שמושך, ושואל שאינו קונה את גוף הדבר אלא רק השתמשות אינו קונה במשיכה. ומוסיף הריטב"א דאף שאפשר לקנות ע"י חזקה קנין בדקל לפירותיו, וא"כ למה לא יכולים לקנות ע"י משיכה את החפץ לתשמישיו, שאני דקל לפירות שהפירות יוצאים מגוף הדקל משא"כ שימוש בחפץ אינו יוצא מגופו ואינו נקנה במשיכת החפץ. ומה דלהלכה מהני משיכה בשאלה הוא משום דקי"ל שגם שימוש שאינו יוצא מגוף הדבר נקנה במשיכה דקונה ע"י משיכה את החפץ לתשמישיו. ולענין זה סובר הרמב"ם שזה דוקא בתשמיש הרגיל של החפץ שלזה הוא עומד ושימוש זה הוא פירותיו של החפץ אבל שימוש שאינו רגיל אינו נחשב פירות החפץ ואינו נקנה במשיכתו. ולכן יש צד שהשואל מקבל קנין רק כשרובע ולא מהני מה שהיה בעליו עמו בשעת שאלה שהוא עדיין לא היה שואל. ודמי לספק של הגמ' בהשולח אם אפשר למכור עבד לקנס או לא דיש צד לומר שאין זה מהשימושים של העבד ואינו נקנה ע"י הקנין שעושים בעבד. והעירוני דמה דסבר ר"ה לקמן שמשיכה אינו קונה בשואל היינו לענין חזרה אבל לענין אונסין לכו"ע קונה במשיכה כמבואר בתוס' לקמן צ"ט. ד"ה תקנו. והכא לענין פטור דבעליו עמו לכאורה תלוי בקנין לענין חיוב אונסין ולא בקנין לענין חזרה. אך אין הדברים ברורים דמבואר בריש פרקין שלגבי בעליו עמו פרה במשיכה ובעלים באמירה. ושיטת הרא"ש לקמן צ"ט. ששואל מתחייב באונסין בלי משיכה, ולדבריו פרה במשיכה היינו קנין לחזרה ולא לאונסין ומשמע שהדין בעליו עמו תלוי בקנין לחזרה. וצריך לעיין עוד בענין זה.

הרא"ש כתב שהספק של הגמ' הוא רק לענין אונסין אבל חיוב גו"א כש"ש בודאי יש בכל האופנים שיש לשואל שוה פרוטה. ומבואר שרק בב' הספקות הראשונות הוא בודאי ש"ש אבל בספק של שאלה לעשות בה פחות מפרוטה וב' פרות בפרוטה יש צד שאפי' ש"ש אינו. וכ"כ הטור בס' שמ"ו בשם הרמ"ה. הש"ך שם סק"ו וכן בס' ש"ג סק"א למד מדברי הרא"ש שכדי לקבל דין ש"ש בעינן שיקבל שכר לפחות ש"פ. אך מדברי הריטב"א כאן נראה לכאורה שחולק בזה על הרא"ש. וז"ל כל הני בעיא קמייא עד שאל מן השותפים לענין חיוב אונסין וכדפרש"י דדילמא בכל הני לא חייבה רחמנא באונסין לשואל ואין דינו אלא כש"ש בעלמא עכ"ל. משמע דס"ל שבכל ארבעת הספקות פשוט שהוא ש"ש והספק הוא רק אי הוי שואל. ואין תימה איך יתכן שיעשה ש"ש בשכר פמ"פ דהרי חזינן שיש צד דהוי אפי' שואל ע"י שימוש פמ"פ.

שותפין ששאלו ונשאל לאחד מהם. מבואר בלשון הגמ' שהספק הוא אם יש פטור של בעליו עמו לגבי חצי או שאין פטור כלל אבל אין צד שנחשב בעליו עמו לגבי כולו. הר"ן והרא"ש בפרק שבועות הפקדון מביאים בשם הירושלמי דשנים שלוו מאחד יכול המלוה לתבוע את כל החוב מכל אחד מהם אפי' שלא כתבו שהם ערבים זה לזה. ומקשה הר"ן שאם שנים שלווים כל אחד נחשב לזה על הכל א"כ גם שנים ששאלו יחד כ"א הוא שואל על הכל. וא"כ אמאי אין צד שיהיה פטור של בעליו עמו לגבי כולו. וכ"ת דאף שהוא חייב הכל יש צד שאין זה עמו עם כל השואל כיון שיש עוד אחד שהוא שואל בכולו א"כ לא יהיה בעליו עמו כלל. ולמה יש צד שזה בעליו עמו לגבי חצי, אלא מוכח מזה שכ"א הוא שואל רק לגבי חצי ולכן אין צד שיהיה פטור של בעליו עמו על יותר מחצי. ומה שמבואר בירושלמי שבשני לויים גובים מכ"א את הכל אין זה מפני שכ"א הוא לזה על הכל אלא שכ"א הוא לזה על חלקו וערב על החלק של חברו. וכן כתב הגמ' כאן. ומביא הגמ' שברמב"ם משמע שיש צד לומר שיחשב בעליו עמו על הכל. ומבאר הגמ' שהרמב"ם למד בירושלמי שכ"א הוא לזה על הכל וס"ל שלירושלמי יש צד לומר שנחשב בעליו עמו בכולו ולא כגמ' שלנו, ע"ש. וע"ע בקצה"ח ס' ע"ז סק"א מש"כ לדחות ראית הר"ן מכאן.

הרמב"ם בפ"ב משאלה ה"ח פסק בספק זה שאם מתה הבהמה אינו משלם כיון שיש צד בעליו עמו. אבל אם פשע הוא משלם. ואינו מוכר אמאי יש חילוק בזה בין אונס לפשיעה הרי קי"ל שפשיעה בבעלים פטור א"כ כשזה ספק אי הוי בעליו עמו או לא למה אינו נפטר מספק כמו שפטור באונס מספק. וכתב המ"מ שהרמב"ם בזה לשטתו דס"ל בפ"ב משכירות ה"ג שפשיעה מדין מזיק וכיון דהוי מזיק אין לפטור אלא כשיש ראיה ברורה לפוטרו. ולכאורה אינו מוכר דאף שפשיעה הוי מזיק מ"מ יש גם לגבי פשיעה פטור של בעליו עמו וא"כ כשיש ספק אמאי אינו נפטר מספק. והוכח לעיל שהגאון בס' שמ"ו סקט"ו כתב שהרמב"ם ס"ל שפשיעה בבעלים הוא ספק וכשיש ספק אי הוי בעליו עמו איכא ס"ס לחייב. אך במ"מ מבואר שלא פירש כן. ובביאור דברי המ"מ עיין בקנ"ש ב"ב אות תרנ"ח שיש הבדל בין גדר הפטור של בעליו עמו לענין אונסין מגדרו לענין פשיעה. לגבי אונסין זה פטור באחריות של השואל, ועל הצד שזה בעליו עמו אין כאן סיבת חיוב כלל. משא"כ לגבי פשיעה שלרמב"ם חיובו מדין מזיק אף שיש גזה"כ שעל מזיק זה יש פטור של בעליו עמו מ"מ אין בעליו עמו עושה שמעיקרא אין סיבת חיוב אלא זה דבר הפוטר. א"כ במקום ספק איכא ודאי סיבת חיוב וספק פטור. וסובר הרמב"ם שבכזה"ג אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי ומחייבים מספק.

ומצאנו בכמה מקומות שמחייבים כשיש ודאי סיבת חיוב וספק פטור. א. כאן שיש ודאי פשיעה וספק בעליו עמו. ב. ודאי חיוב ממון וספק קלב"מ כתב בקנ"ש בריש אלו נערות שמשמע ברש"י בסוף המניח שחייב מספק. וכ"כ בחי' הגרש"ש בסוף המניח. ג. בלשון הגמ' ב"ק צ"ט: משמע שאם יש ודאי מזיק וספק פטור של אונס כגון טבח שקלקל וספק אם הוא אומן או לא שחייב מספק. כ"כ בחי' רע"א שם ובקנ"ש שם אות קי"ט.

שאל מהאשה ונשאל בעלה. עיין בשיטמ"ק שנחלקו הראב"ד והריטב"א בביאור הספק של שאל מן האשה. הראב"ד ס"ל שהצד שיש בזה פטור של בעליו עמו הוא רק לצד שיש בעליו עמו בשותפין דאין צד שהבעל הוא יותר משותף. והצד שאין בזה בעליו עמו הוא שאין הבעל נחשב אפי' שותף. ואת זה הגמ' תולה בקנין פירות שאם ק"פ כקנין הגוף א"כ הבעל שיש לו קנין פירות והאשה שהיא בעלת הגוף הם כשותפין ואם בשותפין יש בעליו עמו גם בזה יש בעליו עמו. ואם ק"פ אינו כקנין הגוף אין הבעל אפי' כשותף ואין פטור של בעליו עמו אפי' לצד שבשותף יש בעליו עמו. והריטב"א ס"ל שאם ק"פ כקנין הגוף הבעל נחשב עיקר הבעלים והוי בעליו עמו אף שבשותף ליכא בעליו עמו. ואם ק"פ לאו כקנין הגוף אין זה אפי' שותפות.

התוס' ביבמות ס"ו. הקשו אמאי יש צד בגמ' שם שעבדי מלוג אינם אוכלים בתרומה הרי למ"ד קנין פירות כקנין הגוף זה קנין כספו של הבעל. וכתבו דאעפ"כ אינם אוכלים בתרומה כיון שהגוף של האשה. דהיינו שק"פ כקנין הגוף היינו שגם בעל הק"פ נחשב בעלים אבל אין זה מבטל את הבעלות של בעל הגוף, והקנין של האשה שאינה מאכילה בתרומה מונע מהעבדים אכילת תרומה. והביאו ראיה לזה מב"ק צ. שמבואר שם שלמ"ד ק"פ לאו כקנין הגוף העבד יוצא בשן ועין לבעל הגוף, אבל למ"ד ק"פ כקנין הגוף אינו יוצא בשן ועין לבעל הקנין פירות. ומוכח דאף שבעל הק"פ נחשב בעלים מ"מ גם בעל הגוף נחשב בעלים ואין בכח קנין הפירות להפקיע את קנין הגוף של בעל הגוף. התוס' בב"ק צ. ד"ה ר"מ הביאו גרסא בגמ' שם דלמ"ד ק"פ כקנין הגוף העבד יוצא בשן ועין לבעל הקנין פירות. ומבואר דס"ל שבעל הק"פ נחשב בעלים אפי' לענין להפקיע את קנינו של בעל קנין הגוף. ויתכן שבוזה פליגי הריטב"א והראב"ד כאן. שהריטב"א ס"ל שאם ק"פ כקנין הגוף אין זה נחשב כשותפות אלא הבעל לבדו נחשב בעלים. והראב"ד ס"ל שגם אם ק"פ כקנין הגוף אין זה מבטל את בעלות האשה ונחשב כשותפין. אמנם אין הכרח דתלוי בזה דאפי' הסוברים שגם אם ק"פ כקנין הגוף אין העבד יוצא בשן ועין לבעל הק"פ מ"מ מודו שהוא נחשב עיקר הבעלים יותר מבעל הפירות שהרי לגבי דין יום או יומים מבואר דלמ"ד ק"פ כקנין הגוף רק בעל הפירות ישנו בדין יום או יומים ולא בעל הגוף. וא"כ הריטב"א יכול לסבור שלא יוצא בשן ועין לבעל הפירות ואעפ"כ ס"ל שאין זה שותפות דבעל הפירות הוא עיקר הבעלים.

הגמ' כאן ס"ל שלמ"ד ק"פ כקנין הגוף הבעל לבדו נחשב בעלים ואין זה תלוי בספק של שותפין כריטב"א, אבל לצד שק"פ אינו כקנין הגוף ס"ל דאעפ"כ כיון שיש לו לכה"פ קנין פירות הוא כשותף, ורק לצד שבשותף אין דין בעליו עמו גם בזה אין בעליו עמו. וזה דלא כראב"ד והריטב"א דס"ל לתרייהו שאם ק"פ אינו כקנין הגוף אין הבעל נחשב אפי' כשותף.

נמצא ג' שיטות בזה א. לראב"ד אם כקנין הגוף הוא כשותף ואם לאו כקנין הגוף אפי' שותף אינו. ב. לריטב"א אם כקנין הגוף הוא נחשב בעלים יחידי ועדיף משותף ואם לאו כקנין הגוף אינו אפי' כשותף. ג. לגמ' אם כקנין הגוף הוא בעלים יחידי ואם לאו כקנין הגוף הוא כשותף. ונ"מ מזה להלכה דקי"ל ק"פ לאו כקנין הגוף שלראב"ד ולריטב"א זה בודאי לא בעליו עמו ולגמ' אכתי תלוי בספק של שותפין.

האשה ששאלה. פרש"י לצורך קרקע נכסי מלוג. וכן פרש"י בשותפין ששאלו דהיינו ששאלו לחרוש בה קרקע של שותפות. לכאורה כונת רש"י דאף שרק אחד מהם שאל בפועל מ"מ השואל לצורך שימוש של שותפות בסתם זה שאלה של השותפות. וכן אשה ששואלת לצורך שימוש בנכסי מלוג זה שאלה של בעל הנכסי מלוג. ואם ק"פ כקנין הגוף והבעל הוא נחשב בעלים על נכסי המלוג הוא נחשב השואל. עיין באור"ש פכ"ב מאישות הל' ל"ד ד"ה וראיתי שפירש כן.

ק"פ כקנין הגוף. מבואר בגמ' דכשם שנחלקו ר"י ור"ל במוכר שדהו לפירות אם קנין פירות כקנין הגוף דמי או לא כך נחלקו לגבי קנין פירות שיש לבעל מתקנ"ח אם קנין פירות זה הוא כקנין הגוף או לא. ולכאורה צ"ע מכאן על דברי התוס' בב"ב

קל"ו: ויבמות ל"ו: שהקשו לר"י דס"ל ק"פ כקנין הגוף למה צריך תקנת אושא שהאשה שמכרה נכסי מלוג ומתה שהבעל מוציא מן הלקוחות ת"ל דבל"ה לא חל המקח כיון שק"פ כקנין הגוף. ותרצו דשאני קנין פירות דבעל שאינו אלא תקנ"ה ובוזה לכו"ע אין ק"פ כקנין הגוף. ותימא דמפורש כאן שגם ק"פ דבעל הוא כקנין הגוף לר"י. ועיין באו"ש פ"ב מרוצח הטי"ו שמבאר סברת התוס' שם לחלק בין ק"פ דעלמא לק"פ שיש לבעל מתקנ"ה. דהקונה ק"פ אינו יכול לקנות פירות גרידא דזה דשב"ל אלא קונה קנין בגוף לפירות. ורק בקנין פירות כזה שהוא גוף לפירות סובר ר"י שהוא כקנין הגוף אבל הקונה קנין פירות בלי גוף כגון למ"ד אדם מקנה דשב"ל לכו"ע אין קנינו כקנין הגוף. ותקנ"ה שתקנו שהבעל אוכל פירות הוא קנין בפירות בלבד ולא בגוף לפירות. שחכמים יכולים לתקן שיזכה בפירות כשיבואו לעולם ואין חסרון של דשב"ל בתקנ"ה. וכיון שיש לו רק פירות ולא גוף לפירות מודה ר"י שאין ק"פ זה כקנין הגוף. ובתוך הדברים מבאר האו"ש דהא דמבואר בב"מ צ"ו שגם בפירות דבעל סובר ר"י שק"פ כקנין הגוף היינו בתר תקנת אושא דתקנו שאין האשה יכולה למכור נכסי מלוג וכיון שיש לו זכות בגוף שאינה יכולה למכור שפיר דמי לכל קנין פירות שהוא גוף לפירות. ומש"כ התוס' דקנין פירות דבעל שאני היינו לפני תקנת אושא ע"ש.

מביא ואינו קורא. השאגת אריה בס' צ' ס"ל שאף שאינו קורא לר"ל משום דק"פ לאו כקנין הגוף מ"מ מביא מן התורה. והמקור"ח בס' תמ"ח חולק וס"ל שלר"ל מביא רק מדרבנן. וכבר העירו שנחלקו בזה הרשב"ם והתוס' בב"ב קל"ו: ע"ש.

תודה בעל. כתבו דמה שהביאו מחלוקת ר"י ור"ל ולא מחלוקת תנאים לגבי דין יום או יומים הוא משום דבעל מקבל קנין פירות מן האשה שהיתה בעלים על הכל ומכניסה לו פירות ודמי למוכר שדהו לפירות, משא"כ המוכר עבדו ע"מ שישמשנו ל' יום המוכר שייך לעצמו פירות ובוזה אמרינן דמשייר בעין יפה, ואין ראיה מהמ"ד שם שק"פ כקנין הגוף שישבור כן גם במוכר שדהו לפירות או בבעל שמקבל ק"פ בנכסי אשתו. דבר זה לכאורה אינו מובן בסברא מה שייך בזה לומר שמשייר פירות בעין יפה הרי מי שמוכר גוף ומשייר פירות יש לו אותו קנין פירות שיש לקונה במוכר שדהו לפירות, ובתרווייהו יש לאחד גוף ולשני פירות, ולמה פירות של אחד מהם הוא כקנין הגוף ושל השני אינו כקנין הגוף, וכי איכא תרי גוונא קנין פירות. אמנם זה בל"ה קשה על מה שמבואר בב"ב קל"ו: שיש סברא לומר שאפי' למ"ד ק"פ כקנין הגוף מ"מ כשהאב נותן לבנו גוף ומשייר פירות לעצמו אבא לגבי בריה אחולי מחיל ונותן לו קנין הגוף באופן כזה שלא יחשב הקנין פירות ששייר לעצמו כקנין הגוף. הרי שמבואר בגמ' שאפי' אם ק"פ כקנין הגוף יש אופן שיש לאחד פירות ולשני גוף ואין קנין הפירות כקנין הגוף. וצ"ע בטעם הדבר.

הרש"ש כתב על דברי התוס' דכה"ג כתבו גם בב"ב נ. וכוונתו למה שכתבו התוס' שם בד"ה קסבר דלא דמי קנין פירות דבעל שלא היה לו בגוף כלום מעולם לקנין פירות דמוכר עבדו ע"מ שישמשנו ל' יום שתחילה היה הכל שלו ועדיין לא יצא מתחת ידו שהפירות שלו. ונראה שמה שכתבו שם הוא חילוק אחר ולא דמי למה שכתבו כאן. שכאן כתבו דהיכא שהיה הכל שלו ומכר הגוף הוא משייר פירות בעין יפה וק"פ כזה הוא כקנין הגוף. ואם היה נותן פירות לחברו בעין יפה גם זה היה נחשב כקנין הגוף. ושם מחלקים התוס' בין היכא שהיה בעלים גמורים ואכתני נשאר במקצת שלו דלא פקע שם בעלים ממנו משא"כ מי שקונה ק"פ בשל חברו אינו מקבל שם בעלים כיון שמעולם לא היה בעלים. דהיינו שאין חילוק בין ק"פ זה לק"פ אחר אלא בין אם באים לתת לו שם בעלים או להפקיע ממנו שם בעלים. דאינו מקבל דין בעלים ע"י ק"פ אבל מה שנשאר לו ק"פ גורם שלא פקע שם בעלים שהיה לו מתחילה. והראיה שזה כונתם שהביאו ע"ז את הגמ' בפסחים ו. לענין בהמת ארנונה וכמו שכתבו שם בד"ה התם. ושם אין החילוק בגלל עין יפה אלא שיש נ"מ בין מה שהיה בתחילה שלו לגמרי שבזה כ"ז שיש לו עכ"פ פירות חשיב עדיין שלו משא"כ כשלא היה שלו וקיבל רק ק"פ אין זה מספיק להחשיבו שלו. אך גם בזה הסברא צ"ב דסו"ס עכשיו יש לו אותו ק"פ ומה נ"מ אם היה בתחילה בעלים גמורים או לא.

צא והשאל עם פרחי. יש לעיין בגדר השליחות בזה דבעלמא יש ב' אופני שליחות א. מסירת כח לעשות חלות בשביל המשלח. ב. שליחות על מעשה במקום שאין צורך במסירת כח אלא ענין השליחות הוא כדי שיתחם המעשה שעושה השליח בשביל המשלח. והכא לכאורה אין לא מסירת כח ולא עשיית מעשה בשביל המשלח. שהמלאכה שעושה השליח הוא בשביל השומר ולא בשביל המשלח. ולכאורה כל ענין השליחות בזה הוא שמעשה השליח יחשב שנעשה ע"י המשלח כדי שיחשב בעליו עמו. ועיין מה שכתב בביאור ענין השליחות דסוגיין בשערי יושר ש"ז פ"ז.

האומר לאפוטרופוס וכו'. הגמ' בנדרים ע"ב: מוכיחה מבריתא זו דבעל מפר נדרי אשתו בלי שמיעה שאם שמיעת הבעל מעכב איך יעשה שליח להפר הרי הוא עצמו אינו יכול להפר בלי שמיעה. והקשה הר"ן שם אולי בבעל מעכב שמיעה ומה שמהני הפרת השליח אף שלא שמע הבעל הוא מפני שיש שמיעה של השליח. ותי' הר"ן שאם מעכב שמיעת הבעל אין הבעל יכול לעשות שליח להפר לפני ששמע שעדיין אין לו כח להפר. והרא"ש שם כתב דלא מהני שליחות על השמיעה כיון שזה מילתא דממילא ואין בו מעשה. ובר"ן מבואר שאם היה יכול לעשות שליח על ההפרה היה מועיל שמיעת השליח ואין חסרון בזה שזה מילתא דממילא. ועיין באו"ש פ"ב מגירושין הטי"ו שלומד שגם הר"ן מודה דלא מהני שליחות על שמיעה שהוא מילתא דממילא. ומה שהיה קשה לר"ן שיועיל שמיעת השליח הוא דלא בעינן שמיעת בעל דוקא אלא שמיעת מי שהוא מפר. ואם השליח מקבל כח להפר ממילא מהני שמיעת השליח ואין צורך בשליחות על השמיעה. והרא"ש חולק וס"ל שצריך שמיעת הבעל דוקא וכדי שיועיל שמיעת השליח בעינן שליחות על השמיעה וזה לא מהני דהוי מילתא דממילא. דהיינו שאין שאלת הר"ן כשאלת הרא"ש שהרא"ש היה קשה לו שיעשה את השליח שליח על השמיעה. והר"ן לא הקשה כן מפני שפשוט לו בזה תי' הרא"ש דלא שייך שליחות ע"ז. אלא הר"ן הקשה שיועיל שמיעת השליח מפני שהוא המפר. ומבאר האו"ש שם דפליגי כמה שיש להסתפק בכל שליחות על חלות כגון שליחות לקדש אם השליח נעשה המקדש או שהמקדש נשאר הבעל והשליח אינו אלא עושה המעשה בשביל הבעל. ותלה האו"ש כמה מחלוקות בראשונים בספק זה ע"ש. וכתב שבזה חולקים גם הרא"ש והר"ן. שהרא"ש ס"ל שהעושה שליח להפר המפר הוא המפר. ולעשות את השליח שליח על השמיעה לא מהני דהוי מילתא דממילא. והר"ן הבעל ולא מהני שמיעת השליח שאין המפר הוא המפר. ושגם עושה שליח דידה ולא בעינן שליחות על השמיעה. ולכן בעינן שמיעת שיש חסרון בשליחות על ההפרה עצמה כיון שאין הבעל יכול להפר בלי שמיעה ומה דלא מצי איהו למעבד לא מצי משווי שליח.

הר"ן בריש פסחים כתב דלא מהני הפקר ע"י שליח. ורע"א בגיטין ריש פרק השולח מבאר דטעמו דס"ל דהוי מילי ומילי לא ממסרן לשליח. וכן מביא רע"א שדעת המהרי"ט הוא שא"א להקדיש ע"י שליח משום דהוי מילי. ומקשה רע"א שם מהא

דמהני שליחות בהפטר הבעל ומוכח דכיון שזה גמר דבר אין זה נחשב מילי. וכן מוכיח רע"א שם מהא דמהני שליח לביטול הגט ע"ש. אמנם עיין בחי' האו"ש כאן שכתב שבדוקא נקטו כאן האומר לאפטרופוס ולא שליח משום דהוי מילי ולא מהני בזה שליחות, אבל אפטרופוס מהני, דאפטרופוס היינו כדפרש"י שהלך למדה"י ומינה אפטרופוס על נכסיו לזון את אשתו ובניו, וכיון שהוא זן אותה היא נודרת על דעתו ומהני הפרה שלו. והדברים לכאורה צ"ב שאם הוא מפר מפני שנודרת על דעתו מה זה נוגע לשליחות דבעליו עמו. ועוד דלא מהני מה שנודרת על דעתו אלא בבעל מגזה"כ כמבואר בר"ן בנדרים ע"ג: .

יד עבד כיד רבו. המחנ"א בהל' שלוחין ס' י"א דן בעושה מעקה ע"י פועל גוי אם יכול לברך או לא שאין שליחות לעכו"ם. [משמע דע"י שליח ישראל פשוט למחנ"א שמברך המשלח אף שאינו עושה מעשה ומדברי הפוסקים בכמה מקומות מבואר שהעושה מצוה ע"י שליח מברך השליח שעושה את מעשה המצוה ולא המשלח שמקיים את המצוה. אך גם לדבריהם יש לדון לגבי קיום המצוה אם מקיים מצוה מעקה כשהעושה היא ע"י פועל גוי]. ומביא המחנ"א את הגמ' לעיל י'. דאף דמגביה מציאה לחברו לא קנה חברו מ"מ פועל שמגביה קנה בעה"ב דיד פועל כיד בעה"ב. ומבאר המחנ"א שזה מפני שיש לבעה"ב קנין בגופו של פועל ודמי למה שמבואר כאן דיד עבד כיד רבו מהני בבעליו עמו אף דשליחות לא מהני. ומה"ט מחדש המחנ"א דמה שמבואר כאן שאם אומר לעבדו צא והשאל עם פרתי דהוי בעליו עמו ה"ה שאם יאמר כן לפועל שלו זה יחשב בעליו עמו מדין יד פועל כיד בעה"ב. וכיון שזה מדין יד פועל כיד בעה"ב ולא מדין שליחות אין נ"מ בזה אם זה פועל ישראל או פועל גוי. ולכן מסיק המחנ"א שיכול לברך על עשיית מעקה שנעשה ע"י פועל גוי דכיון שיד פועל כיד בעה"ב עשיית הפועל הוא כעשיית בעה"ב. וב' חידושים חידש בזה המחנ"א. א. דבכל התורה מעשה פועל ועבד נחשב כמעשה רבם גם במקום דלא מהני שליחות. ב. מה שמבואר כאן שמהני עבד לגבי בעליו עמו הוא לא דוקא וה"ה דמהני פועל.

רע"א בשו"ע ס' שמ"ו סע' ו' מביא את דברי המחנ"א וכתב שדבריו צע"ג. וכונתו למה שנדפס בגליון המחנ"א בשם רע"א שתמה על דבריו דא"כ יוכל להפך נדרי אשתו ע"י עבדו אף דלא מהני ע"י שליח. וכן יוכל לגרש אשתו ע"י עבדו מדין יד עבד כיד רבו אף דמדין שליחות לא מהני דאינו בתורת גירושין. אלא מוכח דיד עבד כיד רבו אינו מיהס את מעשה העבד לרבו ככל דיני התורה ובעליו עמו שאני דהוא ענין של ממוך. גם בשערי יושר ש"ז פ"ז מוכיח דאין מעשה העבד מתיחס לרבו מהא דמבואר בב"ק נ. דלא משכחת לה בור של שני שותפין דאי שוו שליח אין שליח לדבר עבירה, ואמאי לא אמרו דמשכחת לה כשחפרו ע"י עבד או ע"י פועל של שניהם. ומוכח דאין מעשה העבד מתיחס לרבו במקום דלא מהני שליחות אלא רק בבעליו עמו.

נחלקו הראשונים מה ההלכה בשליח לענין בעליו עמו. הרי"ף והרמב"ם פסקו דשליח לא מהני ורק עבד נחשב בעליו עמו משום יד עבד כיד רבו. הרא"ש והטור בשם הרמ"ה פסקו דשליח נשאר ספק ויהיה השואל פטור מספק, ובעבד זה ודאי בעליו עמו. וכתב הגאון בס' שמ"ו סק"י שמקורו של הרמב"ם הוא מהא דתנן לקמן צ"ח: שאם אמר השואל למשאל שלח ביד עבדך ושלח ביד עבדו ומתה חייב השואל. והגמ' שואלת אמאי חייב השואל כששלח המשאל ביד עבדו הרי יד עבד כיד רבו. ופרש"י שהשאלה היא שהבהמה לא יצאה מרשות המשאל ואמאי חייב השואל. ומשני שמואל דאיירי בעבד עברי דלא קני ליה גופיה. ורב מתרין דאיירי באומר לו הכישה במקל והיא תבא. והקשו התוס' שם כיון שעבדו מוליכה אמאי אין זה בעליו עמו כמבואר כאן דאמרינן לענין זה יד עבד כיד רבו. וכתבו שמה שמבואר כאן דאמרינן לענין בעליו עמו יד עבד כיד רבו היינו כשנשאל הרב עצמו עם הפרה ושלח עבדו מקומו אבל כשאין העבד הולך במקום רבו זה נחשב כמשאל שתי בהמות ואין זה בעליו עמו. וכתב הגאון שהרמב"ם לא ס"ל כתי' התוס' שכתב בפ"ב משאלה ה"ה שאם העבד נשאל שלא מדעת רבו אין זה בעליו עמו. משמע שאם נשאל מדעת רבו אף שלא שיעבד הרב את עצמו זה בעליו עמו. גם הלח"מ בפ"ג משאלה ה"א מדייק מזה שהרמב"ם חולק על תי' התוס'. [וזה דלא כנתיבות שכתב בס' שמ"ו סק"י שגם הרמב"ם מודה לת' התוס' ומה"ט כה"ה שאם הלך העבד מעצמו אין זה בעליו עמו מיירי שהאדון שיעבד את עצמו ואח"כ הלך העבד מעצמו במקום רבו]. וכיון שהרמב"ם לא ס"ל תי' התוס' היה קשה לרמב"ם על תירוצו של שמואל דאיירי בעבד עברי ת"ל דהוי בעליו עמו דלא גרע עבד עברי משלוחו. ומזה למד הרמב"ם דק"ל דלא מהני שליח אלא רק עבד כנעני. ומוסיף הגאון שלרמב"ם י"ל שזה גופא קרשית הגמ' שם יד עבד כיד רבו דכיון דס"ד דאיירי בעבד כנעני הרי ידו כיד רבו והוי בעליו עמו ואמאי חייב השואל כשמתה. ועי' תי' שמואל דאיירי בעבד עברי. ומבואר מכל דברי הגר"א שמה שעבד נחשב בעליו עמו משום יד עבד כיד רבו הוא דוקא בעבד כנעני שגופו קנוי ממש ולא בעבד עברי. וכ"ש שלא מהני לענין זה יד פועל כיד בעה"ב ולא כמחנ"א. וכן משמע ברמב"ם בפ"ב ה"ה שכתב על דין זה אמר לעבדו הכנעני. משמע דכנעני דוקא ולא עברי ולא פועל. [ויש לעיין לגאון מה תי' שם רב דאיירי באומר לו הכישה והיא תבא הרי לדבריו איירי בעבד כנעני ואכתי הוי בעליו עמו. וצ"ל דמפרש שלרב אין זה חיוב של שומר אלא של ערב ובהא אין פטור של בעליו עמו. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לקמן צ"ט].

נמצא דמה שחידש המחנ"א שמהני יד עבד כיד רבו בכל מקום דלא מהני שליחות רע"א והגרש"ש בשערי יושר חולקים. ועל חידושו השני שלגבי בעליו עמו מהני נמי יד פועל בגאון מוכח דלא ס"ל כן. עוד נתבאר דפליגי התוס' והרמב"ם לגבי בעליו עמו ע"י שליח או עבדו לתוס' איירי כשעבד את עצמו ושלח העבד במקומו, ולרמב"ם איירי ששלח מעיקרא את העבד. ובמה דכתב הרמב"ם שעבד שהלך בעצמו אינו נחשב בעליו עמו עיין בגאון שם סק"א שמקורו משאלת הגמ' לקמן יד עבד כיד רבו. ואמאי הקשו כן רק על הסיפא ולא על הרישא. וכונתו דברישא קתני שאם לא אמר השואל שלח ושלח המשאל ביד עבדו של שואל ומתה השואל פטור. ואמאי לא הקשו ע"ז יד עבד כיד רבו ויחשב שהגיע לרשות השואל. אלא מוכח דלא אמרינן יד עבד כיד רבו לענין זה אלא כשנשלח ע"י רבו ולא כשהלך מעצמו. ובשיטת"ק שם צ"ט. בד"ה וצ"ע שעמד בשאלה זו יעו"ש.

במחלוקת הראשונים שהובא לעיל אי ק"ל דלא מהני שליח אלא רק עבד כנעני או ששליח נשאר ספק המחבר בס' שמ"ו סע' ו' פסק כרמב"ם דלא מהני שליח לענין זה, והרמ"א מביא שיטת הרמ"ה דשליח הוי ספק ופטור מספק. רע"א בתש' מ"ז מקשה על הרמ"א דביו"ד רל"ד נפסק דלא מהני שליחות לא להפריה ולא להקמה. ובשלמא מה דלא מהני להפריה ניחא דלרמב"ם זה מדין ודאי ולרמ"ה זה ספק ואולינן לחומרא. אבל מה שלא מהני שליחות להקמה אינו חומרא אלא קולא, והניחא למחבר שפסק כרמב"ם דבודאי לא מהני שליחות לכן אין חשש הקמה, אבל הרמ"א היה לו לחלוק שם ולומר דחוששים להקמתו כיון דס"ל שזה ספק אי מהני שליחות בזה. גם השע"מ בס' שמ"ו סק"ב עמד בזה וע"ש מש"כ בזה.

עבד דלאו בר מצוה לא. נחלקו רש"י והרמב"ן בביאור דברי הגמ'. רש"י מפרש דלשון הגמ' לאו בר מצוה הוא לא דוקא ואין הטעם מפני שאינו במצות אלא מפני שאינו בתורת שאלה כיון שאין לו ממוך להשאל וגם אם שאל אינו יכול לשלם

אם נאנס מפני שאין לו ממון. וכיון שאינו בתורת שאלה אינו יכול להיות שליח ע"ז כמו שאינו יכול להיות שליח לקידושין וגירושין מפני שאינו בתורת. דברי רש"י צ"ב מכמה טעמי. א. הריטב"א מקשה על רש"י דלשון הגמ' לאו בר מצוה משמע שתלוי במה שאינו במצות ולא שאינו בתורת שאלה. ב. עוד מקשה הריטב"א דמשכחת שיהיה לעבד ממון כגון שנתנו לו ע"מ שאין לרבו רשות בו. ג. עוד קשה שכאן אין העבד נעשה שליח לא להשאל ולא לשאול אלא מושאל למלאכה. ומקשה הרש"ש דהוי ליה לרש"י למימר שאינו בתורה מפני שאינו יכול להשכיר עצמו למלאכה בלי רשות רבו. ד. עוד מקשה רע"א דמבואר ברש"י שמה שאינו יכול להיות שליח מפני שאינו בתורת שאלה נלמד מקרא דאתם גם אתם שצריך שיהיה בתורת שאלה כמו משלחו, ובקידושין מ"א: מבואר דהדין שמי שאינו בתורת אינו יכול להיות שליח הוא סברא ולא בעינן קרא ע"ז. ה. עוד יש לעיין בדברי רש"י דאינו בתורת היינו כשהוא מופקע מדבר זה מצד הדין אבל מה שעבד אינו בשאלה מפני שאין לו ממון הוא רק חסרון היכא תמצא ולא מסתבר שיחשב מחמת זה אינו בתורת שאלה. כעין זה קשה גם על רש"י בקידושין מ"א: שמבואר שם שעכו"ם אינו בתורת הפרשת תרומה. ולרש"י שם אין מיעוט מקרא שאין עכו"ם יכול לתרום [כשיטת התוס' שם] אלא שאין מציאות שיהיה לעכו"ם פירות שחייבים בתרומה שיש קנין לעכו"ם להפקיע או מפני שמירוח עכו"ם פטר. וגם שם קשה אמאי נחשב אינו בתורת הרי אין זה אלא חסרון היכא תמצא. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד בקידושין שם.

רע"א מביא בשם החת"ס, והוא בשו"ת חת"ס או"ח ס' קט"ז, דבעלמא כשאנו בתורת כלל הדין של אינו בתורת הוא סברא ולא צריך ע"ז קרא אבל כאן שיש אופנים שיהיה לו ממון אין זה אינו בתורת גמור ורק בגלל המיעוט הוא נחשב אינו בתורת. ועל דרך זה יש לבאר דברי רש"י בגיטין י: שכתב על מה שמבואר שם שגיטין העולים בערכאות של עכו"ם פסולים מפני שאינם בני כריתות שהפסול הוא משום דכיון שאינם בתורת גיטין וקידושין אינם נעשים עדים בדבר דכתיב וכתב ונתן מי שישנו בנתינה ישנו בכתיבה. ומשמע שגם שם הדין של אינו בתורת אינו סברא אלא נלמד מקרא. וי"ל שהתוס' בגיטין כ"ב: כתבו שאין חסרון של אינו בתורת בעשיית הגט אלא רק בדברים שצריך בהם שליחות ולא לכתיבת הגט שאינו צריך שליחות. ורש"י ס"ל דאף שמסברא אין בזה דין של אינו בתורת מ"מ ילפינן מקרא דוכתב ונתן שיש דין אינו בתורת לגבי כתיבה אף שלא צריך בזה שליחות.

הרמב"ן חולק על פרש"י ומפרש שהחסרון של עבד דלאו בר מצוה אינו משום שאינו בתורת אלא מפני שאינו בכל המצות. ואף דבעלמא עבד כשר לשליחות דלא בעינן דומיא דאתם שחייבים בכל המצות אלא סגי בזה שהוא דומיא דאתם בזה שהוא בן ברית, הכא דכתיב בעליו תרי זימני ויש צד שבכלל לא מהני שליחות, גם לצד שמהני שליחות בעינן שיהיה ממש דומיא דבעליו שמחויבים בכל המצות. עיין בנ"י שמביא דברי הרמב"ן.

דף צו:

בעל בנכסי אשתו שואל או שוכר. רש"י בסוד"ה ואליבא דרבנן כתב שהצד לומר דהוי שוכר הוא מפני שתקנו פרקונה תחת פירות. וצ"ב מה הם צדדי הספק אי הוי שואל או שוכר. ונראה דמספקא לגמ' אם מה שתקנו פירות תחת פרקונה הכונה שתקנו שפרקונה הוא תשלום עבור אכילת פירות וכיון שהוא משלם עבור השתמשותו הוא שוכר, או שאין אחד תשלום עבור השני אלא שכנגד מה שתקנו שאוכל פירות בחנם תקנו שיפדה אותה בחנם. ואין זה אלא תקנה תחת תקנה אבל כ"א הוא דבר בפנ"ע ואינו תשלום עבור חברו ולכן הבעל הוא שואל ולא שוכר. ובזה תלוי גם מה שהירושלמי שהובא בתוס' בכתובות פ"ו: מסתפק אם אשה ששברה כלים של הבעל תוך כדי מלאכתה אם דינה כשומר חנם או כש"ש. שאם מה שתקנו מעשה ידיים תחת מזונות היינו שהמזונות הם תשלום עבור המעשה ידיים א"כ האשה מקבלת שכר על מלאכתה והיא ש"ש. ואם אין זה תשלום אלא כנגד מה שתקנו שמעשה ידיה לבעל תקנו נמי שיתן לה מזונות א"כ אינה אלא ש"ח שאינה מקבלת תשלום עבור מלאכתה. והספק של הירושלמי לגבי מעשה ידיים הוא ממש הספק של הבבלי כאן לענין פירות.

ובספק זה תלוי גם מחלוקת האחרונים לגבי מה שמבואר בכתובות פ"ד. שאם ירושת הבעל דרבנן דינו כמקח וחוזר ביובל. ובגמ' בסוף בכורות מבואר שירושא דרבנן חוזרת ביובל אפי' לר"מ דס"ל שרק מכר חוזר ביובל ולא מתנה. ומקשה הקו"ש בכתובות שם שאם ירושת הבעל דרבנן הבעל זוכה בזה מכח הפקר ב"ד וא"כ זה מתנה ולא מכר ואמאי חוזר ביובל לר"מ דס"ל שמתנה לא חוזר ביובל. ועיין באו"ש פ"א משמיטה הכ"א שגם עמד בזה וכתב דכיון שתקנו קבורתה תחת כתובתה אין זה מתנה אלא מכר שקבורה היא תמורת ירושתה. ופליגי בספק הנ"ל שהקו"ש נקט שאינו תשלום אלא ב' תקנות והאו"ש ס"ל שזה נתקן כתשלום זה תחת זה.

אי שואל הוי שאלה בבעלים. מבואר דכיון שהאשה משועבדת לבעל למלאכה זה תמיד נחשב בעליו עמו. וכתב הנ"י שאפי' בזמן שאינה עוסקת במלאכה מ"מ כיון שמשועבדת למלאכה דמי למה שמבואר לעיל דבעלים באמירה. ולא דמי למה דמבואר לקמן דשתלא וטבחא שלא בעידן עבדתייהו אינם בעליו עמו ששם יש שעות ידועות שאינם זמן מלאכתם משא"כ באשה אף שיש זמנים שאינה עוסקת במלאכה מ"מ אין זמן שאין עליה שיעבוד למלאכה אם יהיה צורך. וכדברי הנ"י כתב גם הרשב"א ע"ש. ויש מכאן מקור לסברת הטור בס' שמ"ו שכתב בשם הרמ"ה שאם נשכר למלאכה מסוימת אינו עמו במלאכה אלא בעידן עבדתייהו אבל אם נשכר לכל מה שיצטרך בעה"ב הוא כל הזמן במלאכת בעה"ב אפי' כשאינו עושה כלום דזה מלאכתו לעמוד מוכן למלאכה. וזה הטעם שאשה נחשבת תמיד במלאכת הבעל. הרשב"א מסיים שזה רק אשה לבעלה אבל הבעל אינו משועבד לאשתו למלאכה כל הזמן ולא הוי בעליו עמו אלא בשעה שעוסק במלאכתה. והנ"י כתב שנחלקו בזה הרמב"ם והראב"ד בפכ"א מאישות ה"ט. שהרמב"ם כתב שאשה ששברה כלים במלאכתה פטורה מתקנת"ה. והראב"ד השיג דלא צריך בזה תקנה אלא פטורה משום דהוי בעליו עמו. דסובר הראב"ד שכמו שמבואר כאן שאשה היא תמיד במלאכת הבעל כך הבעל הוא תמיד במלאכת האשה. אך הרמב"ם מחלק בין לאשה לבעל לענין זה. וזה כדברי המ"מ שם שמפרש כך את דברי הרמב"ם.

שאלה בבעלים מפקא שכירות שלא בבעלים. היינו שהפטור של בעליו עמו הוא כל זמן שהחייב אחריות הוא מחמת אותה התחייבות שעליו יש פטור של בעליו עמו. אבל כשיש חיוב נוסף יש סיבה חדשה לחיוב ועל סיבה זו אין פטור של בעליו עמו. וזה כונת הריטב"א שכתב דהוי כאילו החזירו וחזר ושכרו. וכתב הריטב"א בשם הראב"ד שזה אפי' שהשאלה היתה לפני שנגמר זמן השכירות. עיין מה שכתבנו בזה לקמן צ"ח: .

רש"י ד"ה הדר נסבא. רע"א בגליון הש"ס מקשה על רש"י דמבואר בכתובות שהבעל אוכל פירות רק במקום שישאר גוף לאשה אבל הכא דליכא אלא קנין השתמשות אם הבעל יזכה בו לא נשאר גוף לאשה. עיין מה שכתב האור"ש בפכ"ב מאישות הל' ל"ד בביאור דברי רש"י.

לא שואל הוי ולא שוכר הוי אלא לוקח. כתבו התוס' דאף שאינו לא שוכר ולא שואל אלא לוקח מ"מ דינו כש"ח וחייב בפשיעה. וכן כל לוקח לזמן אף דאינו חייב בגו"א ובאונסין מ"מ הוא חייב בפשיעה. כתב הגאון בהגהותיו שהרמב"ם חולק בזה על התוס'. וכונתו לרמב"ם בפ"ב משאלה הי"א שכתב אשה ששאלה ואח"כ נישאת הבעל כלוקח ואינו חייב אפי' בפשיעה. והבינו הש"ך בס' שמ"ו סק"ב והגאון שם סקכ"ו שהיינו מפני שהרמב"ם חולק על סוף דברי התוס' וס"ל שלוקח מחברו לזמן אינו אפי' ש"ח, ולכן הבעל שהוא כלוקח בנכסי אשתו אינו אפי' ש"ח. ומה"ט הקשו הש"ך והגאון שדברי הטור והשו"ע סתרי אהרדי. שבסע' י"ז פסק המחבר דאגרא פרה ונישאת הבעל לוקח הוי ואינו חייב אפי' בפשיעה. וזה כשיטת הרמב"ם דלוקח אינו אפי' ש"ח. ובסע' י"ח פסק המחבר שהלוקח לל' יום הוי ש"ח וחייב בפשיעה כשיטת התוס'.

אמנם המעיין בחי' הרמב"ן כאן יראה שהדברים מפורשים ברמב"ן ואין כאן סתירה כלל. שבתחילה מביא הרמב"ן את דברי התוס' שכתבו באגרא ואח"כ נישאת שהבעל חייב בפשיעה וכתב ע"ז הרמב"ן שאינו חייב אפי' בפשיעה, ומוסיף שכן דעת הרמב"ם. ומיד אח"כ כתב הרמב"ן וז"ל ובלוקח ל' יום דפרה מסתברא שומר שכר הוי כדן השוכר עכ"ל. הרי שאף שלגבי בעל בממון שאגרא אשתו חולק הרמב"ן על התוס' וס"ל שאינו אפי' ש"ח מ"מ כלוקח לזמן חייב בפשיעה כתוס' ובה הרמב"ן מחמיר יותר מתוס' וס"ל שלוקח לזמן חייב גם בגו"א כדן השוכר. וזה מה שפסק המחבר אלא שלגבי לוקח לזמן פסק כתוס' שאינו אלא ש"ח ולא כרמב"ן שהוא ש"ש. ומדברי הגאון בליקוט בסוף סקכ"ו שכתב שהרמב"ם חולק על מש"כ המחבר בסע' י"ח שלוקח לזמן ש"ח וס"ל שאינו אפי' ש"ח, ומוסיף הגר"א שכן דעת הנ"י בשם הרמב"ן, מוכח שלא ראה הגאון את דברי הרמב"ן בחידושו אלא רק מה שהביא הנ"י בשמו. והנ"י מביא רק את תחילת דברי הרמב"ן שחולק על תחילת דברי התוס' לגבי בעל, והבין שזה מפני שהרמב"ן חולק על סוף דברי התוס' לגבי לוקח לזמן. אבל בחי' הרמב"ן מפורש שאינו חולק על סוף דברי התוס' ומורה דלוקח לזמן הוי שומר ואדרבה הרמב"ן מחמיר בזה יותר מהתוס' וס"ל דהוי אפי' ש"ש. וא"כ אין סתירה בדברי השו"ע כלל.

אכתי צריך לבאר אמאי סובר הרמב"ן שבעל אינו חייב אפי' בפשיעה כיון שהוא כלוקח אם ס"ל שכל לוקח לזמן חייב אפי' בגו"א. והדברים מבוארים בדברי הרמב"ן ומחלוקת התוס' והרמב"ן בזה תלוי במה שנחלקו התוס' והרמב"ן בביאור דברי הגמ' בב"ק ק"ב. בהניח להם אביהם פרה שאולה משתמשים בה כל ימי שאלתה ואם מתה אינם חייבים באונסיה. התוס' ס"ל דמה ששם אינם חייבים באונסין הוא משום שלא קבלו עליהם אחריות אונסין אבל בגו"א חייבים כמבואר בתור"ה אלא. ומה"ט כתבו התוס' שאם בעל בנכסי אשתו לא היה לוקח אלא יורש היה חייב בגו"א, ומה שאינו חייב בגו"א הוא מפני שאינו יורש אלא לוקח, ודינו כלוקח לזמן שאינו אלא ש"ח. והרמב"ן חולק וס"ל שיורשים שמשתמשים כל ימי שאלתה ואינם חייבים באונסיה ה"ה שאינם חייבים בגו"א ואפי' בפשיעה אינם חייבים. והטעם הוא שהשתמשות מחייב באונסין ובשאר דיני שומרים אם הוא מקבל את ההשתמשות מבעל הממון. אבל היורשים לא קבלו את ההשתמשות מבעל הבהמה אלא ירשו את קנין ההשתמשות מאביהם. וכיון שלא קבלו כלום מבעל הממון אין סיבה שיהיו שומרים של בעל הממון אפי' קיבלו עליהם שמירה בהדיא כמו בשוכר פרה והשאלה לאחר. וזה סיבת הפטור של בעל באגרא ואח"כ נישאת שגם הוא לא קיבל זכות ההשתמשות מבעל הממון אלא מן האשה. ומה שאמרו שהבעל אינו שואל ולא שוכר אלא לוקח אין הפטור מפני שהוא לוקח ולא יורש כמו שהבינו התוס' אלא הוא פטור בין אם הוא לוקח בין אם הוא יורש מפני שלא קיבל השתמשות מבעל הבהמה אלא מאשתו, וכלפי אשתו הוא פטור משום דהוי בעליו עמו וכלפי בעל הממון אינו שומר כלל שלא קיבל ממנו אלא מאשתו. ולכן סוברים הרמב"ן והרמב"ם שאינו אפי' ש"ח. אבל הלוקח מחברו לל' יום כיון שמקבל השתמשות מבעל הממון הוא לכה"פ ש"ח ולרמב"ן אפי' ש"ש.

נמצא שנחלקו התוס' והרמב"ן בביאור דברי הגמ' שבעל אינו לא שוכר ולא שואל משום דהוי לוקח. התוס' פרשו שהוא משום שכל לוקח אינו חייב לא באונסין ולא בגו"א ואינו אלא ש"ח. ולכן כתבו שגם בעל הוא ש"ח. הרמב"ן מפרש שאין הטעם מפני שלוקח אינו שומר דלוקח הוא כן שומר וחייב אפי' בגו"א, אלא מה שאמרו שבעל פטור מפני שהוא לוקח היינו מפני שאינו מקבל את ההשתמשות מבעל הממון אלא מאשתו והוי כמו הבנים שירשו פרה שאולה מאביהם שלרמב"ן אינם חייבים אפי' בפשיעה. ואין זה נוגע כלל ללוקח לזמן שהוא שומר [לרמב"ן כש"ש ולפסק השו"ע כש"ח] מפני שקיבל מן הבעלים. ולפ"ז אין ראייה כלל ממה שהרמב"ם חולק על תחילת דברי התוס' וס"ל שהבעל אינו אפי' ש"ח שחולק גם על סוף דברי התוס' לגבי לוקח לזמן, ואין סתירה כלל בדברי הטור ושו"ע. ובה נחא מה שכתב המחבר בסע' ט"ז דבעל בנכסי אשתו פטור משום דהוי בעליו עמו. ואינו מוכן למה צריך להגיע לבעליו עמו ת"ל שבסע' י"ז פסק לגבי מה שהאשה שכרה מאחר שהבעל פטור אפי' מפשיעה משום דהוי לוקח אף ששם דנים כלפי בעל הממון ואין בזה פטור של בעליו עמו, א"כ גם בסע' ט"ז הל"ל שפטור משום דבעל לוקח הוי. והנתיבות בסק"ו עמד בזה וכתב דנ"מ היכא שסילק הבעל עצמו מפירות שאז אינו כלוקח. אבל למה שנתבאר אין צורך לזה דמה שהוא לוקח אינו סיבה לפטור דקי"ל שלוקח הוא כש"ח ולוקח הוא רק פטור לגבי בעל הממון שאין הבעל חייב לבעל הממון שלא קיבל השתמשות ממנו אלא מאשתו, אבל כלפי האשה אף שהוא לוקח הוא חייב בפשיעה ואינו פטור אלא רק משום דהוי בעליו עמו.

אכתי צ"ב דכל מה שנתבאר נחא לרמב"ן שכתב בהדיא שבהניח להם אביהם פרה שאולה היורשים אינם חייבים אפי' בפשיעה, ולכן סובר הרמב"ן שגם בעל אינו חייב אפי' בפשיעה אף שבעלמא לוקח חייב בפשיעה ואפי' בגו"א. אבל השו"ע פסק בס' שמ"א סע' ג' כשיטת התוס' שיורשים אף שאינם חייבים באונסין חייבים בגו"א א"כ אין טעם לפטור את הבעל באגרא ונישאת מפני שלא קיבל את ההשתמשות מבעל הממון וע"כ הפטור הוא משום דהוי לוקח ולוקח אינו שומר. וא"כ הדרא קושיא לדוכתא שהשו"ע פסק דלוקח הוא ש"ח ואמאי פסק שהבעל פטור אפי' מפשיעה. ונראה דמה דקי"ל לגבי יורשים שחייבים בגו"א ולא כרמב"ן הוא רק במת השואל דכיון שמי שהיה חייב באונסין מת ופקע חיוב אחריות ידיה אמרינן שהיורש שמשמש הואיל ונהנה מהנה ומקבל על עצמו חיוב גו"א. אבל בעל שהוא לוקח מאשתו בחיה ונשאר עליה חיובי אחריות אין הבעל שמקבל ממנה את ההשתמשות מקבל דין שומר כלפי הבעלים אפי' לענין גו"א, ולכן מה שהבעל הוא כלוקח הוא סיבה לפטור אפי' מפשיעה אף דקי"ל כלוקח דעלמא שהוא ש"ח. וסברא זו מבוארת ברמב"ן בתוך דבריו וז"ל דהכא זכותה של אשה לקח ממנה והיא חייבת בשמירה ואם נגנבה או שאבדה היא משלמת לאחר זמן עכ"ל. הרי שמה שהיא חייבת הוא סיבה שאין

הלוקח ממנה מתחייב. ואף שהרמב"ן לשטתו אינו צריך לזה דס"ל שאפי' במת השואל אין היורש חייב אפי' בפשיעה מ"מ לרווחא דמילתא כתב כן שבבעל יש תוספת סברא שאין הלוקח מקבל אחריות מפני שנשאר אחריות על האשה. וגם למאי דקי"ל שביורש יש כן חיוב גו"א י"ל שבבעל לא יהיה חיוב מפני שנשאר אחריות על האשה.

חילוק זה מוכח גם בדברי הריטב"א כאן וז"ל פירוש כאילו לקח ממנה זכות שיש לה בפרה ההיא ואין לבעלים עליו כלום אם נגנבה או נאנסה אלא על האשה וכו' מיהו אם מתה האשה הרי הבעל משתמש בה כל ימי שאלתה ואינו חייב באונסיה אבל בגו"א חייב כמו שאמרו גבי בנים שהניח להם אביהם פרה שאולה עכ"ל. הרי מפורש שאינו מפרש כתוס' דמה שהבעל הוא לוקח גורם פטור דא"כ אפי' מתה האשה יפטר שהרי זכות הבעל בין בפירות מחיים בין בגוף לאחר מיתה הוא מדין לוקח. אלא ודאי מפרש כרמב"ן שהפטור הוא מפני שמקבל זכות ההשתמשות מן האשה ולא מן הבעלים והוי ממש כדורשים. אלא שלגבי יורשים הריטב"א חולק על הרמב"ן וס"ל שיש חיוב גו"א ואעפ"כ כשלא מתה האשה כתב שהבעל פטור מגו"א וע"כ הטעם הוא דכיון שהאשה חייבת באחריות כמבואר בלשון הריטב"א אין הבעל מתחייב משום הואיל ונהנה מהנה, ורק במתה האשה שאין חיוב על אף אחד בזה אמרינן שמקבל על עצמו חיוב גו"א משום הואיל ונהנה מהנה. וזה מה דקי"ל להלכה וא"ש בס"ד כל דברי השו"ע.

המחנ"א בהל' שאלה ס' א' מקשה סתירה בענין חיוב אחריות דשואל. שברש"י בסנהדרין ע"ב. מבואר שחיוב אונסין של גזלן הוא משום דלא גרע משואל דכל הנאה שלו. ומבואר שכל הנאה שלו הוא סיבה לחיוב אונסין גם בלי קבלת אחריות שגזלן מתחייב בע"כ. וכן מוכח לעיל מ"א: דילפינן חיוב אונסין דשולח יד מחיובו של שואל שגם שולח יד כל הנאה שלו. ובב"ק קי"ב. מבואר ברש"י שמה שאין על היורשים חיוב אונסין הוא משום שלא קבלו על עצמם חיוב אונסין. ומבואר דאף שמשתמשים בה וכל הנאה שלהם מ"מ אין חיוב אחריות בלי קבלה. ועיין מה שכתבנו בזה לעיל צ"ד: . ולפי מה שנתבאר כאן ליכא סתירה כלל דלעולם המצב של כל הנאה שלו מחייב אונסין גם בלי קבלה ולכן גזלן ושולח יד חייבים באונסין דלא גרע משואל, אך כל זה כשמקבל או שולק את כל ההנאה מן הבעלים, משא"כ ביורש דאף שמשתמש בה הרי לא קיבל את זכות ההשתמשות מן הבעלים אלא מאביו ובה ליכא חיוב אונסין אף שכל הנאה שלו אא"כ קיבל עליו אחריות אונסין.

וחילוק זה בין מקבל השתמשות מבעל הממון לבין מקבלו מאחר מבואר גם לענין תשלומי שכירות. שמבואר בריטב"א בכתובות ל"ד: שהשוכר בהמה ומת בניו יורשים את קנין השכירות ומשתמשים בה כל ימי השכירות ואינם חייבים לשלם דמי השכירות. ועיין ברע"א בשו"ע ס' שמ"א סע' ג' שמסתפק בזה ואח"כ מביא את דברי הריטב"א. והביאור בזה הוא דאף שכל קנין מחייב תשלום אא"כ ניתן בפירוש במתנה ה"מ כשמקבל את הקנין מבעל הממון. אבל יורשים אלו לא קבלו קנין השתמשות מבעל הממון אלא ירשו אותו מאביהם. ואין הקנין השתמשות שהם קבלו מאביהם מחייב תשלום שכירות לבעל הממון. אלא אביהם התחייב לבעל הממון ופקע חיובו כשמת. וכשם שקנין השתמשות שמקבל הבן בירושה מאביו אינו מחייב תשלומי שכירות לבעל הממון כך אין כל הנאה שלו שמקבל היורש מאביו או הבעל מאשתו מחייב חיוב אונסין לבעל הממון. ואל תשיבני מהשוכר פרה מחברו והשאלה לאחר שלר"י השואל חייב באונסין לבעל הבהמה אף שלא קיבל את קנינו ממנו דשאני התם דבפירוש נחית אדעתא דשאלה להתחייב באונסין. ולענין זה שפיר קאמר רש"י שירש שלא קיבל על עצמו אונסין אינו חייב כיון שלא קיבל את זכות ההשתמשות מבעל הממון אלא ממורישו.

הקצה"ח בס' שמ"ו סק"ה כתב שמדברי הרמב"ם בפכ"ג ממכירה ה"ו מוכח שחולק על תוס' שכתבו שולוקח לזמן הוי ש"ה. שהרמב"ם שם מבאר שהחילוק בין מוכר גוף לזמן לבין מוכר לפירות הוא שהקונה שדה לפירות אינו יכול לשנות את צורת הקרקע ולא יהרוס ולא יבנה אבל הקונה גוף לזמן בונה והורס ועושה בזמנו הקצוב כמו שעושה הקונה קנין עולם לעולם. והראב"ד חולק וס"ל שגם הקונה גוף לזמן אינו יכול לשנות את הגוף. וכתב הקצות שלרמב"ם שמוותר לבנות להרוס לא יתכן שיהיה חייב בפשיעה שאפי' אם הזיק בידים הוא פטור. ומדברי התוס' שכתבו שחייב על פשיעה מוכח דס"ל כראב"ד שאינו יכול לשנות את הגוף. ותמה הקצות על השו"ע שפסק בס' רי"ב כרמב"ם שיכול לשנות את הגוף ואעפ"כ פסק בס' שמ"ו כתוס' דלוקח לזמן הוי ש"ח וחייב על פשיעה והם לכאורה תרתי דסתרי. וכן מקשה המחנ"א זכיה ס' י"ח. אך כ"ז משום דס"ל שלרמב"ם מותר לשנות את הגוף אפי' בדרך השחתה אבל החזו"א באבה"ע ס' ע"ד סקט"ו חולק על הקצות וס"ל שגם לרמב"ם אין התר אלא לבנות ולהרוס כדרך העולם לחפצם ולהנאתם אבל אינו רשאי לכלות הגוף לא דרך השחתה ולא דרך כילוי הגוף אלא דרך השתמשות בכל הנאות שירצה. ולפ"ז אין מקום לקושיית הקצות שגם לרמב"ם יש מקום לחייב בפשיעה כשהנזק הוא דרך כילוי והשחתה. וכן כתב במעדני ארץ שביעית ס' י"ד אות ו' לישב קושיית הקצות ומביא שגם המרכבת המשנה כתב שלא התיר הרמב"ם אלא דרך שימוש. [ע"ע ברמב"ם שם שמבאר החילוק בין קנין פירות לשכירות, וע' בענין זה בקה"י שביעית ס' א' ובמה שכתב שם בשם החזו"א].

נמצא שמה שכתבו התוס' שולוקח לזמן הוי ש"ח הגאון והקצות כתבו שהרמב"ם חולק. הגאון מוכיח שהרמב"ם חולק ממה דס"ל בפ"ב משאלה ה"א שאשה ששכרה פרה ואח"כ נישאת אין הבעל חייב אפי' בפשיעה. ונתבאר שלפי מה שמבואר ברמב"ן לכאורה אין ראייה שהרמב"ם ס"ל כן. והקצות מוכיח שהרמב"ם חולק מדבריו בפכ"ג ממכירה ונתבאר שלדברי החזו"א ומרכבת המשנה אין ראייה שהרמב"ם חולק על התוס'. וכן מוכח בשו"ע דאף שפסק בדברי הרמב"ם בפ"ב משאלה וכן בדברי הרמב"ם בפכ"ג ממכירה מ"מ פסק כתוס' שולוקח לזמן הוא כש"ח.

הרא"ש כתב על דברי התוס' שכתבו שבעל לוקח הוי היינו שדינו כש"ח וחייב בפשיעה דאין ג"מ מזה לגבי בעל שהוא בל"ה פטור משום דהוי בעליו עמו. ומקשה הלח"מ בפ"ב משאלה ה"א דנ"מ בשכרה מעלמא ונישאת דקי"ל כר"י דהבעל הוא שומר של המשכיר ולגביו אין פטור של בעליו עמו. והפ"ח כתב על דברי הרא"ש דס"ל שרק בשוכר שנתן לשואל סוכר ר"י שהשואל הוא שומר של הבעלים מפני שיש לשואל יותר אחריות מהשוכר ואם ישלם לשוכר הרי הוא עושה סחורה בפרתו של חברו. אבל הכא שהאשה היא שוכר והבעל ש"ח הוא שומר של האשה ומשלם לה מה שהיא משלמת לבעלים ואין זה סחורה בפרתו של חברו. והשו"ע בס' שמ"ו סק"ב מבאר דברי הרא"ש באופן אחר שמה שמבואר בגמ' שלר"י אין כאן פטור של בעליו עמו הוא למאי דס"ד שהבעל הוא שוכר או שואל, בזה לר"י הוא שומר של הבעלים אבל למסקנה שאינו לא שואל ולא שוכר אלא לוקח אין לו שום חיוב לבעלים אלא הוא לוקח מן האשה וחיובו בפשיעה הוא לאשה ולא לבעלים. אך כתב הש"ך שהתוס' לא ס"ל כן והעיקר כתוס' ע"ש.

באורש התקינו. מה שהביאו כאן מתקנת אורש אף דתקנת אורש היתה לענין זכות הבעל בגוף לאחר מיתת אשתו והכא איירי לענין זכות השתמשות ואכילת פירות בחייה כתב החזו"א באבה"ע ס' ע"ה סק"ו דאעפ"כ הגמ' לומדת מזה דכמו שזכותו בגוף לאחר מיתתו הוא מדין לוקח כך זכותו בפירות בחייה הוא מדין לוקח.

תוד"ה אלא. נתבאר לעיל דלשיטת הרמב"ן אין מקום לקושית התוס' אמאי אית ליה לבעל לענין זה דין לוקח ולא יורש שלרמב"ן אין סיבת הפטור מפני שהוא לוקח דוקא אלא גם יהיה כיוורש הוא פטור, ואינו חייב אפי' בפשיעה כיון שלא קיבל את קנין ההשתמשות מן הבעלים אלא מן האשה. והרמב"ן ס"ל בהניח להם אביהם פרה שאולה שהבנים אינם אפי' ש"ח ולא כתוס' שכתבו שהם ש"ש. ומה שנקטו התוס' בקושיתם דהכא איכא פסידא אם שאלה האשה שאם הוא יורש יהיה דינו כש"ש, בדוקא נקטו ששאלה שמה שבהניח להם אביהם פרה שאולה סוברים התוס' שהבנים ש"ש היינו מדין הואיל ונהנה מהנה. וזה דוקא כשהיה אביהם שואל ולא כשהיה שוכר. ורק כשהאשה היא שואל הבעל יהיה ש"ש אם הוא כיוורש. כן מבואר בשיטה בשם התוס' שאנן, וזה גם כונת התוס'.

בעל בנכסי אשתו מי מעל. רש"י מפרש דאיירי שנפלו הנכסים לאשה אחר שהיתה נשואה והבעל לא עשה שום מעשה אלא מאליו זכה בנכסים ואעפ"כ יש צד שהוא מועל. התוס' פירשו שהנכסים היו של האשה בשעת נישואין ולכן יש צד שהבעל מועל כיון שהוא עושה את הנישואין וע"י המעשה שנשואה הוא זוכה בממון האשה. או דלמא האשה מועלת שהיא נישאת לו וע"י זה באו הנכסים מרשותה לרשותו והיא תמנעול כמו שתמיד המקנה ממון הקדש לחברו הוא מועל ולא הקונה. או דלמא שאין הנישואין מעשה קנין בנכסים כלל אלא בשעת נישואין ב"ד מקנים את הנכסים לבעל והם ימנעלו. וצ"ב אמאי פירש רש"י שנפלו הנכסים אחר שהיתה נשואה ולמה לא פירש כתוס' שהיו לה נכסים בשעת נישואין. ואף שגם לתוס' קשה להבין הצד שימנעל הבעל כמו שהקשו התוס' בד"ה אמר מ"מ לתוס' יש לכה"פ מעשה כל דהו של הבעל שגרם את זכיית המעות משא"כ לרש"י לא עשה הבעל כלום ומאליו נכנסו הנכסים לרשותו ומה דחק את רש"י לפרש כן. ועיין ברמב"ם פ"ז ממעילה הי"א שכלל בדבריו בין נפלו נכסים אחר נישואין כפרש"י בין שהיו הנכסים ברשותה בשעת נישואין כפירוש התוס'.

רש"י ד"ה נמנעלו ב"ד. פרש"י דקאי על ב"ד שבאותו דור שכל תקנות משפט תלויה בהן ועל ידיהן נוהגות חוקות המתקנים לציבור מאז. משמע דס"ל שמה שמי שנושא אשה היום זוכה בנכסי אשתו אינו מכח תקנ"ה הראשונה אלא הב"ד שבכל דור ודור מקנים את נכסי האשה לבעל. ולפ"ז אם יהיה היכא תמצא שלא יהיה שום ב"ד הראוי לעשות הפקר ב"ד לא יזכה הבעל בנכסי אשתו. וצ"ע בדפסטרות הזכיה הוא מכח חכמים מתקני התקנה ולא מכח ב"ד של עכשיו.

תוד"ה אמר רבא. כתבו בתי' השני שמה דס"ד שימנעל הבעל הוא כשלוקח המעות שבזה אם היה דעתו גם איסורא היה כונה לזכות במעות אפי' אם אינם של אשתו ואז היה מועל. אבל כיון דאיסורא לא ניהא ליה דליקני אין כונתו לזכות בממון שאינו של האשה ומה שלוקח את המעות היינו מפני שחושב שהם כבר שלו שזכה בהם מתקנ"ה. וכיון שחושב שזה שלו אינו מועל משום דדמי לאבני בנין המסורות לגזבר שאינו מועל בלקיחתם מפני שחושב שהם כבר שלו ואינו מתכוין לזכות בהם. מבואר בלשון התוס' דאין כונת הגמ' בחגיגה לחלק בין גזבר לכל אדם אלא בין מי שחושב שהממון אינו שלו ומתכוין לזכות בו ונמצא שהיה של הקדש דמעל, לבין אדם שחושב שהממון הוא כבר שלו ומתכוין להגביה ממון שלו ונמצא שהיה של הקדש שאינו מועל כיון שלא הוציא את המעות מרשות לרשות אלא הגביה דבר שהוא חשב שהוא שלו.

הראשונים לעיל מ"א. מתקשים בדין שליחות יד אמאי בעינן בשומרים חידוש מיוחד של של"י ת"ל דהוי גזלן ככל גזלן. וכתבו כמה נ"מ בין חיוב גזלן דעלמא לבין השולח יד בפקדון כמו שנתבאר שם בס"ד. התרומת הכרי בס' רצ"ב סע' ב' ד"ה ויש לתמוה כתב ביאור חדש דבלי חידוש מיוחד של שליחות יד לא היה השומר מתחייב מדין גזלן דגזילה היא הוצאת הממון מרשות הבעלים והכנסתו לרשותו. ושומר שהממון כבר נמצא ברשותו בהתר וזה עכשיו מקומו של החפץ אין בהגבתו הוצאת החפץ מרשות הבעלים ואין זה מעשה גזילה. ומביא ע"ז התרה"כ את הגמ' בחגיגה שאבני בנין המסורות לגזבר אין בהם מעילה. ומבאר דאין זה מפני שחושב שהממון שלו וחסר כונה לגזול מרשות חברו אלא אפי' אם יודע שאינו שלו כיון שהוא גזבר שהוא שומר של הקדש והממון הופקד ברשותו ורשותו הקדש אין בהגבתו משום הוצאה מרשות הקדש ואין זה מעילה. ומה"ט גם בשומר ליכא מעשה גזילה וצריך חידוש של שליחות יד. ומסיים התרה"כ שמדברי התוס' משמע שלא פירש כן את הגמ' בחגיגה. וכונתו שכתוס' מבואר שמה שגזבר אינו מועל הוא רק מפני שחושב שהממון שלו אבל אם יודע שאינו שלו אף שהממון מופקד ברשותו יש בזה מעשה גזילה ומועל.

המל"מ פ"ו ממעילה ה"ד גם דן בענין זה אם יש דין מיוחד בגזבר שאין בלקיחתו מעילה או שגזבר שזה לכל אדם והכל תלוי אם חשב שהממון שלו או של אחר. וכתב שמדברי התוס' בכמה מקומות משמע שאין נ"מ בין גזבר לאחר, ותלוי אם חושב שהממון שלו או לא. וזה כדמשמע בתוס' כאן. אך מוסיף המל"מ דבתוס' בפרק השואל [כונתו לתוס' לקמן צ"ט. ד"ה וחברו] לא נזכר שמה שאין הגזבר מועל הוא מפני שחושב שהממון שלו. ולומד המל"מ בדעת התוס' שם דס"ל שזה דין מיוחד בגזבר שאינו מועל מפני שהממון מופקד ברשותו אף שיועד שהממון אינו שלו. וזה כסברת התרה"כ. ולפ"ז דברי התוס' לקמן סותרים את דבריהם כאן. ועיין בלשון רש"י בחגיגה שמשמע מדבריו כפירוש התרה"כ. וע"ע מש"כ בס"ד לקמן צ"ט: דבלשון רש"י וביריטב"א שם מבואר לכאורה כתררה"כ.

מתה מחמת מלאכה. הראשונים נתקשו בטעם הפטור של מתה מחמת מלאכה דמה שהוא מחמת מלאכה גורם שאין פשיעה שהרי לזה שאלו, אך שואל חייב גם כשאין פשיעה ואמאי פטור במתה מחמת מלאכה. וכמה דרכים נאמרו בזה. א. הרמב"ן כתב דכיון שהיו ליה לבעלים לדעת שיוכלה בהמתו למות מחמת מלאכה זו הוא פושע בנתינת בהמתו למלאכה זו. והיכא שהנזק נגרם מחמת פשיעת הבעלים אין השואל חייב. ב. הרשב"א כתב דכיון שידע שיוכל למות מחמת מלאכה זו ואעפ"כ נתנו הרי שאינו מקפיד על נזק זה ויש בזה מחילה של המשאיל על נזק שיבא מחמת מלאכה. ג. הג"ה הרכיב ב' פשטים אלו זה בזה כמו שכתב בחי' הג"ר מאיר שמחה כאן ופתח בדברי הרשב"א שאין המשאיל מקפיד וסיים בדברי הרמב"ן שפשיעת המשאיל גרם את הנזק. ד. המחנ"א בשאלה ס' ד' כתב דכיון שאם היה יודע השואל שאין בהמה זו ראויה למלאכתו לא היה לוקח אותה בשאלה א"כ שאלתו היא בטעות וקנינו וחיוב אחריות שלו היו בטעות והוברר שלא היה הממון באחריותו כלל.

האור"ש בחידושיו כאן מקשה על התוס' בד"ה אמר רבא מה הקשו מהא דתנן לגבי נכסי מלוג שאם פחתו פחתו לה [לשון הגמ' שם הוא מתו מתו לה] אולי מיירי שם במתו מחמת מלאכה ולכן הוא פטור. וכתב האור"ש דרק כשהמשאיל משאיל מדעתו איכא סברת הרמב"ן דאיכא פשיעת המשאיל וסברת הרשב"א דאיכא מחילת המשאיל אבל זכיית הבעל בנכסי מלוג הוא בע"כ של האשה וליכא בזה לא מחילה ולא פשיעה ולכן אין בשימוש של הבעל פטור של מתה מחמת מלאכה.

המחנ"א שם דן במי ששאל ספרים ללמוד בהם וניזוקו מחמת הלימוד אם יש בזה פטור של מתה מחמת מלאכה או לא. וכתב המחנ"א דטעם הרמב"ן שפשיעת המשאיל גרם לא שייך בזה. וכונתו דזה שייך רק כשהמשאיל הוי ליה למידע ולא השואל שאין השואל מכיר את בהמת המשאיל, בזה איכא פשיעה של המשאיל והשואל פטור. אבל בספרים שגם השואל יודע שיכול לינזק ע"י השימוש אין בזה פשיעה של המשאיל וחייב השואל. ולטעם של הנ"י שכיון שלא הקפיד המשאיל הרי הוא מוחל על נזק שבא מחמת מלאכה גם בספרים יהיה פטור של ממ"מ. האור"ש בחידושיו כאן כתב על דברי המחנ"א ששוגג יצא מלפניו שבודאי בספרים לכו"ע יהיה פטור של ממ"מ. ומבאר האור"ש דמחלוקת הרמב"ן והרשב"א הוא במתה מחמת מלאכה דאין זה הדרך שבהמה מתה מחמת מלאכה. ובזה סובר הרמב"ן דליכא מחילה של המשאיל דלא ידע שתמות, ובזה הוצרך לחדש דכיון דהוי ליה לאסוקי אדעתיה דשמא תמות מחמת המלאכה איכא פשיעה של המשאיל, והרשב"א ס"ל שגם לגבי מתה איכא מחילת המשאיל. אבל לגבי כחשה מחמת מלאכה שזה דבר שקיים בכל בהמה שעושה מלאכה פשוט שבה מודה הרמב"ן לסברת הרשב"א דאינו מקפיד ע"ז שהרי ידע שתכחיש ובשביל זה נתנו. ולכן בספרים שתמיד מתקלקלים מחמת השימוש מודה הרמב"ן שיש בזה פטור של כחשה מחמת מלאכה. ולפ"ז מה שמבאר בגמ' שהפטור של כחשה מחמת מלאכה הוא יותר פשוט מהפטור של מתה מחמת מלאכה לרמב"ן הוא משום דבכחשה מחמת מלאכה איכא מחילה כיון שידוע שיכחיש משא"כ במתה מחמת מלאכה לא ידוע שתמות ואין בזה מחילה אלא בזה טעם הפטור הוא משום דאיכא פשיעה של המשאיל. ולרשב"א בתרוייהו הפטור הוא משום מחילת המשאיל אלא שבכחש יותר פשוט שיש מחילה מבמיתה.

עוד נ"מ בין הטעמים כתב המחנ"א שם לענין דינו של הטור בס' ש"מ בשם הרמ"ה בשואל בהמה ללכת עמו במקום מסוים ותוך כדי הליכתו באותו מקום לקחו לסטים את הבהמה דפטור משום דחשיב ממ"מ. וגם הרא"ש שחולק זה מפני שסובר שאין זה נחשב מחמת מלאכה כלל. וכתב המחנ"א דלא שייך בזה סברת הרמב"ן שאין כאן שום פשיעה מצד המשאיל שהרי אין הדרך שבאים לסטים באותו דרך. וכדבריו כתב גם הש"ך בס' ש"מ סק"ה. אבל סברת הרשב"א כן שייך בזה דכיון שנתן לו למלאכה זו יש מחילה על כל נזק שיבא מחמת מלאכה זו אפי' אם לא הוי ליה לאסוקי אדעתיה שינזק.

נמצא לדעת המחנ"א ב' נ"מ בין טעם הרמב"ן לטעם הרשב"א א. ספרים שניזוקו מחמת השימוש בהם. ב. דינו של הטור בשם הרמ"ה.

לעיל פ. הובא בשם הקצה"ח בס' ש"ח סק"ג ותרה"כ שם סע' ז' בסוף דבריו שהפטור של מתה מחמת מלאכה הוא רק בשאלה ושכירות ממש שקיבל השואל את החפץ מן הבעלים כדי להשתמש בו. אבל היכא שלא נתן הבעלים את החפץ לשואל אלא שאינו מקפיד על השימוש בחפץ והמשתמש בו אינו שואל שלא מדעת ואינו גולן מ"מ אם נתקלקל מחמת מלאכה אין בזה פטור של מתה מחמת מלאכה כיון שלא קיבל את החפץ מן הבעלים להשתמש בו אלא שאינם מקפידים על ההשתמשות. וכתבנו שם שבדברי הרשב"ם בתוס' בב"ק י. מבואר לכאורה דס"ל שגם בכה"ג איכא פטור דמתה מחמת מלאכה, וע"ז גופא חולק ר' עזריאל שהובא שם בתוס'. ויתכן שמחלוקת זו תלוי בטעם הפטור של מתה מחמת מלאכה. דסברת מחילה איכא גם בזה דכשם שמוחל על עצם השימוש כך הוא מוחל על הנזק שנגרם מחמת השימוש. אבל פשיעה של הבעלים לכאורה איכא רק כשנתן כדי שישתמש והוא הגורם לשימוש ע"י נתינתו, אבל היכא שלא נתן להשתמש אלא שאינו מקפיד על השימוש אין הוא הגורם לנזק אלא המשתמש בלבד גרם לנזק והשימוש הוא על אחריותו.

הרמב"ם בפ"א משאלה ה"א כתב שהפטור של מתה מחמת מלאכה הוא דוקא כשמתה בשעת מלאכה. הרמב"ן והרשב"א הקשו דלא נזכר בגמ' שצריך בשעת מלאכה אלא מחמת מלאכה. והובאו דבריהם במ"מ ובכ"מ שם. הלח"מ כתב בשם הריב"ש דמה שהצריך הרמב"ם שעת מלאכה הוא משום שרק בזה יש הוכחה שהמיתה היא מחמת מלאכה וכשיש הוכחה שזה מחמת המלאכה גם הרמב"ם מודה דלא בעינן בשעת מלאכה.

הרא"ש כאן כתב שאם מתה בדרך ולא הרגיש בה עייפות טורח בדרך לא יוכל לישבע שמחמת מלאכה מתה שמה גם אם היתה עומדת על אבוסה היתה מתה. והיכא שנכנס בה עייפות וחלישות מטורח הדרך אפי' לא מתה מיד אלא היתה הולכת ומנוונת זמן מרובה מתה מחמת מלאכה קרינן ביה. דהיינו שאם אין הוכחה שמתה מחמת מלאכה אפי' מתה בשעת מלאכה הוא חייב, ואם יש הוכחה שמתה מחמת מלאכה הוא פטור אפי' שלא מתה בשעת מלאכה. הב"י בס' ש"מ מקשה אמאי בעינן הוכחה שמתה מחמת מלאכה ולא פטרינן מספק מכח הממעה. וכתב הש"ך שם סק"ז ששואל שטוען מתה מחמת מלאכה צריך לישבע שבועת השומרים וכשאנו יודע אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם. ועיין בקצה"ח שם סק"ד שלדעת הש"ך והיש"ש יש עוד טעם לחייב מספק דחשיב איני יודע אם פרעתיך. והקצות חולק וס"ל דהוי איני יודע אם נתחייבתי. ויבאר ענין זה בס"ד לקמן צ"ז: ומה שהבי"י מקשה שיפטר מספק ולא ס"ל כתי' הש"ך שמחייב משום מתוך מבאר הקצות דס"ל דעיקר שבועת השומרים הוא שבועת אינה ברשותי וזה יכול השומר לישבע כיון שידוע שמתה הבהמה. ומה שצריך לישבע שמתה מחמת מלאכה ולא בפשיעה אין זה אלא מדין גלגול וסובר הב"י שעל שבועת הגלגול אין מתוך.

ולכאורה נראה ד"ל עוד שמה ששומר שאינו יודע משלם מפני שאינו יכול לישבע היינו כשאנו יודע את המציאות אבל היכא שידוע שעשה עם הבהמה מלאכה והיא מתה תוך כדי מלאכה ויש ספק אם לתלות את המיתה במלאכה או לא הרי הוא יכול לישבע מה היה המציאות ויהיה ספק לב"ד אם זה נחשב מחמת מלאכה או לא ויפטר מספק. ואין זה נחשב שאינו יכול לישבע. ודמי ללסטים מזוין ושומר מזוין דמספקא לגמ' לעיל צ"ג: אי חשיב אונס או לא, ופסקו הרי"ף והרמב"ם שפטור מספק, ואמאי פטור הא אינו יכול לישבע נאנסו כיון שזה ספק אם זה נחשב אונס או לא ומתוך שאינו יכול לישבע ישלם. אלא פשוט כמו שמבאר הקצות בס' ש"מ סוף סק"ד דכיון שאין זה ספק במציאות אלא ספיקא דדינא אי חשיב אונס או לא הוא יכול לישבע על המציאות ויהיה ספק לב"ד ויפטר מספק. וכן בענין זה י"ל דאף שאינו ספק בדין מ"מ כל שכל פרטי המקרה ידועים הוא יכול לישבע מה היה המציאות ויהיה ספק לב"ד אם לתלות המיתה במלאכה או לא ויפטר מספק. כן נראה בכונת הב"י ששאל שיפטר מספק ולא ס"ל כתי' הש"ך שיתחייב מדין מתוך.

זיל אייתי סהדי דלא שנית. הראשונים הקשו אמאי בעינן סהדי ואינו נאמן ע"ז בשבועה כדין ש"ש שטוען נאנסו. ועיין בשיטה בשם הריטב"א והתוס' שאנן שרצו לומר שאין השומר נאמן בטענת מתה מחמת מלאכה בשבועה אלא צריך דוקא עדים ע"ז. ודחו תי' זה דמפורש ברש המפקיד ל"ד. ששואל שרוצה לשלם קונה כפילא משום דאי בעי פטר נפשיה במתה מחמת מלאכה. מפורש שנאמן ע"ז בשבועה ולא צריך להביא עדים. לכן כתבו דאירי הכא במקום שיש רואין וכשיטת איסי בן יהודה שצריך דוקא עדים. וכן מפורש ברמב"ם בפ"א משאלה ה"ב.

מה דנקטו הראשונים הנ"ל מסברא ששואל לא יהיה נאמן בשבועה היינו משום דיש לעיין לפי מה שכתבו הראשונים בטעם הפטור של מתה מחמת מלאכה אין זה פטור מפרשת שומרים כנאנסו או נגנבה אלא יש כזה פטור צדדי שפשיעת המשאיל גרם או שמחל המשאיל או טענת מק"ט ודמי לכפירה דלהד"ם או החזרתי דליכא שבועה אלא במודה במקצת ואמאי הוי דינו כמי שטוען נאנסו שחייב גם בכופר הכל, וברמב"ם בפ"א משאלה ה"ב מבואר ששואל שטוען ממ"מ נשבע שבועת השומרים שמתה מחמת מלאכה, וכן מבואר ברשב"א ברש המפקיד דשבועת ממ"מ היא שבועת השומרים. ושאלתי דבר זה את מרן הגר"מ שך זצוק"ל וכמדומה שהשיב דאין השאלה אמאי צריך שבועה אלא אמאי נאמן בשבועה דבטענת החזרתי או פרעתי נאמנים משום דעומד לחזור אבל טענת מתה מחמת מלאכה דמי לטענת מחילה דאינו נאמן עליו אפי' בשבועה אא"כ יש לו מגו. וכדבריו מפורש בראשונים הנ"ל שכתבו דמסברא היה נראה לומר שאין נאמנות בטענת ממ"מ אפי' בשבועה אלא צריך דוקא עדים, אך הביאו ראיה מריש המפקיד שנאמן לפטור עצמו בטענת ממ"מ בשבועה.

כחש בשר מחמת מלאכה. הרא"ש מביא מחלוקת לגבי כחש דהדר. דמבואר בב"ק לגבי חובל באדם דעל כחש דהדר משלם רק שבת וא"כ בבהמה דליכא חיוב שבת י"א דליכא חיוב כחש דהדר. וי"א דחייב שרק באדם כחש דהדר אינו בכלל נזק אבל בבהמה זה בכלל נזק וחייב. בשו"ע חו"מ ס' ש"ז סע' ו' הובא מחלוקת בזה ובס' ש"מ סע' ב' סתם המזכיר שפטור. הסמ"ע כתב לחלק בזה בין מזיק בידים לנזק שבא ממילא ע"י פשיעה. והש"ך שם כתב דאין לחלק בזה. ובקצה"ח ס' ש"מ סק"ב כתב שתלוי במחלוקת ראשונים, שהתוס' בב"ק נ"ו: ס"ל דאף שגזלן אומר הרי שלך לפניך בכחש דהדר שומר חייב גם על כחש דהדר א"כ כל מה שמזיק חייב בו גם שומר חייב עליו אף שלא הזיק בידים אלא שהזיק ע"י פשיעתו. אבל השיטה כאן בשם רבינו פרץ מקשה אמאי חייב בכחש בשר מ"ש מגזלן דאומר הש"ל. ותי' דאירי שהכחשה בידים. וזה כדברי הסמ"ע שאם מזיק בידים וחייב מדין מדין ולא מדין שומר חייב גם כשאין שינוי אבל אם לא עשה מעשה בידים ואינו חייב אלא מדין שומר כל שלא היה שינוי אומר הש"ל כמו בגזלן.

זיל שלים נרגא מעליא. בב"ק י"א. אמר שמואל דאין שמין לא לגנב ולא לגזלן, והגמ' מסתפקת שם מה הדין בשואל. ומבואר שם דרב דאמר זיל שלים ליה נרגא מעליא סבר דאין שמין לשואל ור"כ ור"א דאמרו דינא הכי ס"ל דשמין לשואל. התוס' כאן ובב"ק כתבו דשיטת רש"י הוא שאין שמין היינו שאינו יכול לתת לניזק את השברים אפי' בתורת תשלומין דמה דילפינן מקרא דיש"ב לרבות שוה כסף אפי' סובין הוא רק במזיק ולא בגזלן. וכפשוטו דברי הירושלמי דילפינן דאין שמין מחיים שנים ישלם חיים ולא מתים שגזלן אינו יכול לפרוע סובין. ולרש"י הספק בשואל הוא אם לדמותו למזיק שמשלם סובין או לגזלן שאינו משלם סובין. התוס' חולקים וס"ל דלכו"ע יכול הגזלן לפרוע סובין כמו מזיק והנידון אי שמין או לא היינו אם חיובו על כל החפץ ונותן את השברים בתורת תשלום או שאין חיובו אלא על ההפרש בין כלי שלם לשברים והשברים של הבעלים ואינם בכלל חיובו מעיקרא. ולרשב"ם נ"מ היכא דפחתו בין הנזק לתשלום, וריב"ם מוסיף נ"מ אם פותחין לו לשלם את השברים או לא. מה שבגזלן פשוט שאין שמין היינו משום שקונה בשינוי והשברים הם של הגזלן. ומה שבמזיק פשוט ששמין היינו משום דילפינן מקרא בב"ק י': שהבעלים מטפלים בנבילה היינו שפחת נבילה דניזק מפני שהנבילה שלו ואינו בכלל הנזק. ובשואל מספקא לגמ' אי שמין וחיובו הוא רק על ההפרש בין כלי שלם לשבור או שחיובו על כל הכלי ונותן את השברים רק בתורת תשלומין. ומה שיש צד שאין שמין בשואל כתבו התוס' בב"ק י"א. וז"ל וה"ט דמ"ד אף לשואל כיון דחייב באונסין נמצא שקנאו משעה שהוציא מיד הבעלים והדמים הוא דנתחייב כמו בגנב וגזלן עכ"ל. ונראה כונת התוס' דחזינן דלולא קרא דבעלים מטפלים בנבילה היה חיובו של כל מזיק לשלם שור תחת השור דהדין מזיק הוא על כל החפץ וחיובו לשלם חפץ חדש אף שמזיק בודאי אינו קונה בשינוי. וסברא זו קיימת אליבא דאמת בשואל ובגזלן שגזלן מכניס את כל החפץ לרשותו ושואל מקבל אחריות על כל החפץ כולו בזה כשניזוק יש סברא לומר שחיובו הוא שור תחת השור וצריך להחזיר את כל החפץ שנכנס לרשותו. לכן סבר רב דאף שאין שואל קונה בשינוי אין שמין לשואל. ור"כ ור"א ס"ל דאין לחלק בין שואל לשאר מזיק וגם בשואל שמין.

הגמ' בב"ק צ"ד. מוכיחה דשמואל ס"ל שינוי קונה ממה דאמר שמואל אין שמין לגנב ולגזלן. וצ"ב הא חזינן דאיכא מ"ד דס"ל שגם בשואל אין שמין אף דשואל בודאי אינו קונה בשינוי והטעם כמו שנתבאר לעיל א"כ מה הראיה מזה שאין שמין בגזלן שקונה בשינוי. וצ"ל דא"נ מאן דסבר שאין שמין בשואל בודאי יסבור שגם בגזלן אין שמין אפי' אם שינוי אינו קונה, אבל למאי דקי"ל ששמין לשואל פשוט לגמ' שמה שגזלן שונה משואל הוא משום דשינוי קונה. וגם לרש"י דס"ל שבאין שמין נאמר גם שאינו יכול לתת את השברים בתורת תשלום מ"מ זה רק מפני שקונה בשינוי שאם לא היה קונה בשינוי זה של הבעלים ואינו תשלום אלא אומר על חלק זה הרי שלך לפניך.

התוס' הקשו בסד"ה זיל דר' אלעזר דאית ליה בב"ק י"א. דשמין לגזלן ע"כ ס"ל דשינוי אינו קונה ובב"ק ס"ח. מוכח דר"א ס"ל שינוי קונה דאמר שבטביחה אהנו מעשיו שקנאה בשינוי. וכתבו בתי' השני דס"ל ששינוי קונה רק בשינוי שנעשה בידים אבל שינוי שנעשה מאליו כגון שמתה הבהמה מאליה או כלי שנשבר מאליו אינו שינוי לקנות בו. החילוק שכתבו התוס' בין שינוי בידים לשינוי מאליו מבואר גם ברש"י בב"ק ס"ה: שכתב שסברת ר' חנינא דס"ל שם שטלה ונעשה איל אינו שינוי הוא משום דממילא קשבח ואזיל. וכן בדף ס"ו. על הא דאמר רבה שינוי קונה כתב רש"י דהיינו היכא דשני בידים. הקצה"ח בס' שני"ד סק"ג מביא שהב"ח כתב בדעת הרמב"ם דשינוי ממילא אינו קונה ומביא ע"ז הב"ח מתוס' בב"ק ס"ח. שכתבו בדברי ר"א כמו שכתבו התוס' כאן. וכתב הקצות דליתא דהתוס' כתבו כן רק בדעת ר"א כדי שלא יהיו דבריו סותרים זה את זה אבל אגן קי"ל שגם שינוי מאליו קונה כמפורש במשנה בב"ק צ"ו: שגזל בהמה והזקיקה או עבדים והזקיקו [למ"ד עבדים נגזלים] משלם כשעת הגזילה שקנה בשינוי אף שהשינוי נעשה מאליו. ושוב מביא הקצות שבדברי רש"י משמע כב"ח וכתב שצ"ע מהמשנה. ומש"כ הקצות דמהתוס' אין ראיה שכתבו כן רק בדעת ר"א לכאורה אינו מובן דר"א זה אינו תנא ויקשה עליו מהמשנה של עבדים והזקיקו.

הגר"ח בפ"ב מגזילה ה"ט"ו מבאר בשיטת הרמב"ם דלא כל שינוי שנחשב שינוי לענין שאינו יכול לומר הש"ל הוא שינוי לענין לקנות בע"כ של הבעלים ע"ש. ומוסיף שם הגר"ח דמיושב בזה שלא יקשה על ר' חנינא דס"ל דטלה ונעשה איל אינו שינוי מפני שנעשה השינוי מאליו מהמשנה של עבדים והזקינו דשם מבואר רק שאינו יכול לומר הש"ל וצריך לשלם כשעת הגזילה, ולענין זה מודה ר' חנינא שגם שינוי שנעשה מאליו אינו כעין שגזל, אבל לענין לקנות ס"ל דבעינן שינוי שנעשה בידים. וכן כתב האבה"א שם לישב קושיית הקצות על רש"י והב"ח. ואכתי צ"ב בסברת הדבר למה יהיה חילוק לענין קנין שינוי בין שינוי שנעשה בידים לשינוי מאליו הרי שינוי אינו מעשה קנין אלא קונה מפני שאינו כעין שגזל. ובשלמא בטלה ונעשה איל ניהא ד"ל דהוא דבר טבעי וסוף כל טלה שנעשה איל ואין זה נחשב דבר חדש. אבל לחלק בין בהמה שמתה ע"י מעשה אדם לבין בהמה שמתה מאליה או בין כלי שנשבר בלי מעשה לנשבר עם מעשה לכאורה אינו מוכן דבשניהם השינוי שוה, וצ"ע.

דף צו.

ההוא גברא דשאל שונרא. ב' דינים למדו הראשונים מגמ' זו. הטור בס' ש"מ כתב בשם הרמ"ה שמי ששאל בהמה לילך דרך ידוע ובאו עליו לסטים באותו דרך השואל פטור מפני שנחשב מתה מחמת מלאכה כיון שמחמת הדרך ששאלה לילך בה נאנסה. ומקורו של הרמ"ה הוא מהא דפטרינן לההוא דשאל שונרא ואכלה עכברים טובא ומתה אע"פ שלא הרגתה המלאכה גופא מ"מ כיון שמתה בגלל שעסקה במלאכתה גם זה נחשב מ"מ. וכן בנידון דהרמ"ה אף שלא מתה מחמת ההליכה ממשי מ"מ כיון שמתה בגלל שהיתה במקום ששם היא עושה מלאכתה זה נחשב מתה מחמת מלאכה. ומבואר בדברי הרמ"ה שלא למד חידושו מהלשון הראשון אלא מהלשון השני. והיינו משום דס"ל דעיקר מלאכת השונרא אינה אכילת העכברים אלא הריגתם והברחתם, ולכן מלשון הראשון אין ראייה ששם המיתה היא מהמלחמה עם העכברים וזה עיקר מלאכתה, משא"כ בלשון השני שמתה מהאכילה אין זה עיקר מלאכתה ומזה למד הרמ"ה את דינו. כך מפרשים הב"ח והפרישה שם את דברי הרמ"ה ולא כב"י שם שמפרש באופן אחר ע"ש. הטור מביא שהרא"ש חולק וס"ל שאין ראייה מזה לנידון של הרמ"ה דאכילת העכברים הוא עיקר מלאכת השונרא וזה מ"מ ממשי.

התה"ד בס' ש"ח כתב דשונאים שבאו על העיר לשלול ולגזול ויצאו בני העיר להציל ושאל ראובן משמעון כלי זיין להציל גם הוא ולקחו השונאים ממנו את הכלים אין ראובן חייב לשלם אף שהוא שואל וחייב באונסין דנחשב כמתה מחמת מלאכה, ואע"ג דלא נתקלקל ונשבר מחמת המלאכה כיון שע"י אותה מלאכה ששאל בשבילה נפסד ונאבד חשיב כמתה מחמת מלאכה. ומביא התה"ד ראייה לדבריו ממה שמבואר כאן בלשון הראשון שאם נהרגה השונרא ע"י העכברים זה נחשב מתה מחמת מלאכה אף דאין זה ממשי מחמת מלאכה ששאל בשבילה דהיינו שתצוד את העכברים ותאכלם מ"מ גם זה נחשב מתה מחמת מלאכה. ועיין בסמ"ע ס' ש"ח סק"ח שכתב שהרמ"ה ותה"ד פליגי איזה לשון פשוט יותר ובאיזה יש חידוש גדול יותר, שהרמ"ה למד שלשון ראשון הוא ממשי מחמת מלאכה והחידוש הוא בלשון השני, והתה"ד למד שבלשון השני זה מחמת מלאכה ממשי והחידוש הוא בלשון הראשון. וכ"ז תלוי מה הוא עיקר מלאכת השונרא אם הריגת העכברים או אכילתם.

שאל לן מר. מסקנת הגמ' שביומי דכלה שאין הרב יכול לאשתמוטי ממסכתא למסכתא הרב שואל לתלמידים. ובשאר ימות השנה שיכול הרב לאשתמוטי ממסכתא למסכתא התלמידים שואלים לרב. המקור חיים בריש הל' פסח ס' תכ"ט מקשה דמבואר ברא"ש כאן שאם אין הרב יכול לשנות ממסכת למסכת בלי הסכמת התלמידים ואין התלמידים יכולים לשנות בלי הסכמת הרב אין אף אחד מהם שואל לשני, וכן נפסק בשו"ע חו"מ ס' שמ"ו סע' י"ג. וא"כ בזמן הכלה אמאי שואל הרב לתלמידים אמנם הוא אינו יכול לאשתמוטי ממסכתא למסכתא אבל גם הם אינם יכולים לאשתמוטי. וכתב המקור"ח דמה שאם הרב יכול לאשתמוטי הם שואלים לו היינו כשכל אחד צריך את חברו והלימוד יחד הוא הנאת שניהם בזה מי שקובע מה שילמדו בע"כ של השני נחשב שהשני שואל לו. אבל ביומי דכלה חיובו של הרב הוא להשיב לשואלו דבר בהלכות פסח. ולענין זה רק התלמיד נהנה מהרב ולא הרב מהתלמיד לכן בזה הרב שואל לתלמידים. האבה"א בפ"ב משאלה ה"ד מקשה על תירוצו של המקור"ח דמה שכתבו הראשונים שביומי דכלה הרב צריך להשיב למי ששואל בהלכות החג היינו בל' יום קודם החג אבל ברגל עצמו הרב דורש בהלכות הרגל. וע"ש מה שכתב לישב את קושיית המקור"ח.

הב"י בס' שמ"ו מביא בשם הרשב"ץ דשליח ציבור השכור לציבור שאינם יכולים לישמט ממנו בשעת התפילה וגם הוא אינו יכול לישמט מהם אם שאלו זה מזה פטורים דלגבי שניהם זה בעליו עמו. יש לעיין מ"ש ממה שכתב הרא"ש ברכ ותלמיד שאם שניהם אינם יכולים לישמט אין אחד מהם שואל לחברו. אך בל"ה דברי הרא"ש צ"ב אמאי כתב שאם שניהם אינם יכולים לישמט אין אף אחד שואל לחברו אמאי לא נימא דבאופן זה שניהם שואלים זה לזה. וכתב בזה האבה"א הנ"ל דדברי הרא"ש נאמרו דוקא לענין רב ותלמיד שבזה כ"א מכוין להנאת עצמו ואין אף אחד עושה בשביל השני ולכן אין אחד מהם במלאכת חברו. וכל מה שעושה שיחשב שאחד שואל לחברו הוא רק מה שאחד יכול לישמט ולא השני. אבל בעלמא אם שנים משועבדים זה לזה כ"א שואל לחברו. וא"כ אין סתירה בין דברי הרשב"ץ לדברי הרא"ש. הרמ"א בס' שמ"ו סע' י"ג כשמביא את דברי הרשב"ץ כתב רק שאם הקהל אינם יכולים לישמט ממנו הם שואלים לו ואם הוא אינו יכול לישמט מהם הוא נשאל להם, והשמיט מה שכתב הרשב"ץ שאם שניהם אינם יכולים לישמט זה מזה שניהם שואלים זה לזה.

עוד מחדש המקור"ח שם שמה שאם הרב יכול לאשתמוטי ממסכתא למסכתא הוא אינו שואל לתלמידים היינו דוקא כשהרב מלמד בחנם. אבל אם הוא מלמד בשכר דינו כפועל שנחשב שהוא במלאכת בעה"ב אפי' שתלוי בו לקבוע באיזה מלאכה לעסוק. ועיין באבה"א הנ"ל מש"כ בזה. ויש לעיין בזה עוד מדברי הרשב"ץ שהובא לעיל שמשמע מיניה שאם הש"ץ יכול לישמט והציבור אינם יכולים לישמט הם שואלים לו אף דאיירי בש"ץ הנשכר בשכר.

הר"ן בפסחים מקשה על הא דמשה תיקן לישראל שילמדו הלכות חג בחג ת"ל דשואלין ודורשים בהלכות החג כבר מל' יום קודם החג. ות"י שאין חיוב ללמוד הלכות החג ל' יום ובדין של שואלין ודורשים נאמר רק שתלמיד ששאל בהלכות החג נחשב שואל כענין וצריך להשיבו. וכתב ע"ז הט"ז בריש הל' פסח ס' תכ"ט סק"א ול"נ שיש מזה נ"מ רבתי לענין ממון שבגלל הדין של שואלין ודורשים ל' יום הרב נחשב שואל לתלמידיו ויש להם פטור של בעליו עמו כמבואר בסוגיין. ודברי הט"ז לכאורה אינם מובנים ששאלת הר"ן היא דמהא דצריך תקנה של הל' חג בחג משמע שאין חיוב ללמוד ל' יום קודם החג וזה סותר את הדין של שואלין ודורשים ל' יום וע"ז לא תיין הט"ז כלום. וכתב בזה המקור"ח שם שאין כונת הט"ז לישב את שאלת

הר"ן וגם לט"ז צריך להגיע לתי' הר"ן שאין חיוב לימוד בל' יום אלא רק שנחשב שואל כענין אלא שכתב הט"ז שיש גם נ"מ מדין זה לענין ממון כמבואר כאן.

מקרי דרדקי שתלא וטבחא וכו'.

רוב הראשונים פרשו שבעידן עבדיתייהו הם נחשבים במלאכת כל בני העיר אפי' בזמן שעובדים רק לאחד מאנשי העיר דאל"כ מאי קמ"ל. והטעם כתב הריטב"א שכל אלו נוטלין שכון מבני העיר כאחת והרי הן במלאכה אצל כל בני העיר ואפי' כשעושין מלאכה לאחד מהם כאילו עושים לכולם כי לכולם הם נשכרים. אך כתב הריטב"א דמלשון רש"י משמע דס"ל שאינם בעליו עמו אלא לזה שעוסקים במלאכתו. וכן מבואר ברמב"ם בפ"ב משאלה ה"ג. ומה שקשה על דבריהם מאי קמ"ל מדברי השיטה בד"ה מיקרי דרדקי משמע שזה גופא החידוש שאף שמקבלים שכר מכל בני העיר אין הם במלאכת העיר אלא רק בעידן עבדיתייהו הם במלאכתו של אותו אחד שעוסקים במלאכתו, ושלא בעידן עבדיתייהו היינו שאינם בעבודתו של זה אלא של אחר, וקמ"ל לאפוקי מדברי שאר הראשונים שהם במלאכת כל אנשי העיר.

לכאורה ענין זה תלוי במחלוקת שהובא בריש פרקין אם בעליו עמו תלוי במה שהוא משועבד למלאכה או שצריך שיהיה

במלאכה ממש. שבזמן שעובד לאחד מבני העיר כלפי שאר אנשי העיר אין זה אלא שיעבוד. אך ברא"ש כאן מבואר שאינו תלוי זה בזה, שכתב כאן מה שכתבו התוס' לעיל דבעינן שכינ' ויזמין עצמו עצמו למלאכה ולא סגי במה שהוא משועבד למלאכה, ומיד אח"כ כתב הרא"ש בשם הראב"ד שעידן עבדיתייהו היינו זמן הראוי למלאכה ובכל אותו זמן הוא שואל לכל אנשי העיר. וצ"ל דהכא שאני דדמי למה שכתב הטור בשם הרמ"ה שאם אינו מושכר למלאכה מסוימת אלא שצריך להיות תמיד מזומן לכל מלאכה שיתן לו בעה"ב הוא נחשב תמיד במלאכתו דזה גופא מלאכתו להיות מוכן למלאכה. וכן כאן מלאכתם להיות מוכן למלאכת כל אנשי העיר. אך ברש"י משמע לכאורה איפכא דבריש פרקין משמע מדבריו דבעלים באמירה הוא כפשוטו דסגי במה שהוא משועבד למלאכה אף שאינו עוסק עדיין במלאכה בפועל והכא ס"ל לרש"י שאינו במלאכת כל העיר אלא רק מי שהוא עוסק במלאכתו וצ"ע.

אשקיין מ"א. מלשון הרמב"ם בפ"ב משאלה ה"א על דין זה מדייק הגאון בס' שמ"ו סק"ג דס"ל דבעינן שיהיה במלאכתו

ממש ואפי' מכין ומזמין עצמו למלאכה אינו מספיק. ועיין מה שכתבנו בזה בריש פרקין.

למיסר טעונה הוא דנפק. יש לעיין אם כונת הגמ' דס"ד דנפק כדי לסייע ומסקינן דלא סייע כלל אלא יצא להשגיח שלא

ירבו במשא אבל אם היה מסייע בטעינת הבהמה היה זה נחשב בעליו עמו אף שמכוין לתועלת עצמו כדי למיסר טעונה מ"מ למעשה יש בזה גם סיוע לשוכר. או דלמא גם למסקנה הוא סייע בטעינת הבהמה ואעפ"כ אין זה בעליו עמו כיון שלא היתה הכונה בזה בשביל השוכר אלא לעצמו למיסר טעונה. לשון השיטה בשם ר"ח הוא איגלאי מלתא דלא נפק לדלויי בהדיה אלא לפקוד בהמתו לראות כמה יטענוהו שלא יטעינוהו הרבה ושקל המשא ודלא לראות כמה משקלו אם כבד הוא הרבה ולהנאתו עשה ולא לסייע לשוכר. משמע דאף שבפועל הוא סייע לשוכר אין זה עמו במלאכתו כיון שעשה כן להנאת עצמו. וכן משמע מלשון הנ"י ע"ש.

השיטה בשם רבינו יהונתן מפרש למיסר טעניה היינו לראות אם יטענו יותר מכדי משאן. ומה שאין זה בעליו עמו מבאר

ר' יהונתן דלא מקרי בעליו עמו אלא כשהתנה עמהם ושיעבד עצמו למלאכה ע"י דיבורו דשארית ישראל לא יעשו עולה אבל הכא שמאליו סייע בלא שום דיבור ואם היה רוצה לא היה מסייע לא מקרי שאלה בבעלים. ודבריו צ"ב דבגמ' מבואר שהטעם הוא משום דלמיסר טעניה נפק, ור' יהונתן בעצמו מבאר דהיינו שיצא לראות אם יטענו יותר מכדי משאן, ובסוף דבריו כתב שהטעם הוא מפני שלא נשכר לכך אלא עשה מעצמו ובעליו עמו היינו דוקא כשהיה משועבד למלאכה. וצ"ל דס"ל דהיכא שכונתו בשביל חברו זה נחשב בעליו עמו אף שלא היה משועבד שלמעשה הוא עושה בשביל חברו. אבל היכא שכונתו לעצמו אם הוא משועבד למלאכה עצם הדבר שהוא משועבד זה גורם שיחשב במלאכת חברו אף שכונתו לעצמו, דכל פועל כונתו לשכרו ואעפ"כ כיון שהוא משועבד זה בעליו עמו. אבל הכא שעשה מעצמו בלי שיעבוד וגם כונתו לעצמו אין זה בעליו עמו. דהיינו שדברי ר' יהונתן הם תוספת על דברי הגמ' דמה שכונתו לעצמו גורם שלא יחשב בעליו עמו רק במקום שאינו משועבד אבל כשהוא משועבד זה בעליו עמו אף שכונתו לעצמו.

המחבר בס' שמ"ו סע' ד' פסק דבעליו עמו היינו אפי' הלך מעצמו בלי שיעבוד. וכתב הגאון בסק"ז שהמקור הוא מכאן

דמשמע שהלך מעצמו ואעפ"כ אילו לא היה למיסר טעניה היה זה נחשב בעליו עמו. ולא מבואר בשו"ע מה הדין אם לא הלך מעצמו אלא שיעבד עצמו בדיבור אם יחשב בעליו עמו אף שכונתו לעצמו או לא. ובר' יהונתן מבואר שאיכא תרי גווני בעליו עמו א. שיעבוד אף שכונתו לעצמו. ב. בלי שיעבוד וכונתו לחברו. הרמ"א מביא שם שיש חולקים דס"ל שאפי' אם כונתו לסייע לחברו אם לא נשתעבד לכך ע"י בקשת השואל אין זה בעליו עמו. וכתב ע"ז הגאון בסק"ה דס"ל דהכא השוכר ביקש מהמשכיר שייסייע לו והוא שיעבד את עצמו באמירתו ואעפ"כ אין זה בעליו עמו מפני שהיה כונתו לעצמו. ואם לא היה שיעבוד זה לא היה בעליו עמו אפי' אם היה כונתו לחברו. ושיטה זו היא דלא כר' יהונתן בתרתי א. היכא דכונתו לעצמו והיה משועבד ע"י אמירה לר' יהונתן זה בעליו עמו ולרמ"א אין זה בעליו עמו. ב. היכא דלא שיעבד עצמו באמירה וכונתו בשביל חברו לר' יהונתן זה בעליו עמו ולרמ"א אין זה בעליו עמו.

נמצא ג' דרכים בביאור דברי הגמ'. א. לרמ"א איירי עם אמירה ואעפ"כ אזלינן בתר כונתו ואם כונתו לעצמו אין זה בעליו

עמו. [ולא דמי לעושה בשכרו דהתם אמנם רוצה להרויח אבל בשביל הרווח הוא עושה בשביל חברו כדי שיתן לו שכר. משא"כ הכא אין כונתו אלא בשביל עצמו]. ואם היה בלי אמירה לא היה בעליו עמו אפי' אם היה כונתו לסייע לשוכר. ב. למחבר איירי בלי אמירה ומה שאין זה בעליו עמו אינו מפני חסרון אמירה אלא מפני שכונתו לעצמו. ויתכן שבלי כונה לחברו אין זה בעליו עמו אפי' עם אמירה. ג. לר' יהונתן מה שכאן אין זה בעליו עמו הוא צירוף שני הדברים, שלא היה אמירה ולא היה כונה לחברו.

מתני' השואל את הפרה וכו'. בגמ' מבואר שמה שהנתבע חייב ברישא למ"ד ברי ושמא לאו ברי עדיף הוא משום

דאיירי כשיש עסק שבועה ביניהם ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. והקשו התוס' דבל"ה הוא מחויב שבועה שאפי' לדבריו שהשכורה מתה הוא צריך לישבע נאנסו ויכול לגלגל עליו שישבע ששכורה מתה וכיון שאינו יכול לישבע ישלם. וכתבו בתי' הראשון דאין לגלגל אלא כשהנתבע טוען ברי. דהיינו שאפשר לגלגל רק כשהנתבע יכול לישבע על שבועת הגלגול אבל כשאינו יכול לישבע א"א לגלגל. הרא"ש אחר שכתב תי' זה של התוס' כתב די"ל עוד שלא אמרינן מתוך שאינו יכול לישבע משלם אלא על עיקר השבועה ולא על שבועה שבא ע"י גלגול. דהיינו שהתוס' תרצו שאין בכלל דין גלגול באופן שהנתבע טוען שמא על

טענת הגלגול, אבל אם היה דין גלגול היה על הגלגול מתוך. והרא"ש בתי' השני כתב שיש גלגול גם כשהנתבע הוא שמא על טענת הגלגול, והנתבע מחויב שבועה על טענת הגלגול, אלא שעל חיוב שבועה זה אין דין מתוך.

הרמב"ן לקמן צ"ח והנ"י כאן חולקים על התוס' ועל הרא"ש וס"ל שיש גלגול גם כשהנתבע אינו יכול לישבע, ולא כתוס'. ויש מתוך גם על שבועה שבא ע"י גלגול, ולא כרא"ש. ועל שאלת התוס' כתבו דאירי במאמינו. וראיתם מלקמן ק. דתנן לוקח אומר עבד גדול לקחתי והמוכר אומר איני יודע זכה בגדול. ולמ"ד בוי"ש לאו ברי עדיף ע"כ איירי מתני' כשיש עסק שבועה ביניהם וחייב בגלל דין מתוך. והתם אין זה עיקר השבועה דאין נשבעין על העבדים וע"כ שנשבע על העבד בגלגול שבועת הכסות. ומוכח שיש גלגול גם כשהנתבע הוא שמא וגם שיש דין מתוך על שבועת הגלגול. ונעייין לקמן בדף ק. מה שכתבנו בביאור דברי המשנה שם לדעת החולקים על הרמב"ן. אמנם הרמב"ן והנ"י מוסיפים שמה שיש מתוך על שבועת הגלגול הוא רק בגלגול שבא ע"י טענת ברי של התובע, אבל כשהגלגול הוא מחמת טענת שמא של התובע אף שגם בזה יש גלגול מ"מ על גלגול כזה אין מתוך שאינו יכול לישבע משלם. והדברים צריכים ביאור מאחר דילפינן מקרא דאיכא גלגול גם כשהתובע הוא שמא למה ישתנה דין גלגול זה מגלגול ע"י טענת ברי לענין דין מתוך. ונעייין בריטב"א במשנה שהקשה כן על הרמב"ן וז"ל ואין זה נכון בעיני רבינו דכיון שהכלל בדינו דכל מחויב שבועה דאורייתא שאינו יכול לישבע משלם וחייב גלגול שבועה אפי' בשמא דאורייתא היא למה אין אומרים בו מחויב שבועה שאינו יכול לישבע בטענת שמא כמו בטענת ברי עכ"ל.

וביאור דברי הרמב"ן הוא שהאחרונים הוכיחו דין גלגול שבועה אינו רק משום דכיון שכל"ה הוא נשבע על העיקר ישבע גם על תביעת הגלגול אלא דין גלגול הוא שאגב עיקר החיוב שבועה דרמי עליו הוא מחויב שבועה גם על הגלגול. ואפי' באופן שאינו נשבע כלל את עיקר השבועה נשבע על הגלגול. וב' ראיות יש לחידוש זה. א. הובא לעיל דנחלקו הרמב"ן והרא"ש אם יש מתוך על שבועת הגלגול. עוד נחלקו הרמב"ן והרא"ש אם טוען הנתבע איני יודע על עיקר השבועה וא"כ אינו נשבע על העיקר אלא משלם מדין מתוך אם אפשר לגלגל עליו שבועה על טענה אחרת. הטור בס' צ"ד כתב בשם הרא"ש שאין גלגול באופן זה דלא רמי עליו חיוב שבועה אלא חיוב תשלומין. התומים בס' צ"ד סק"ז מוכיח מהרמב"ן בדף צ"ח דס"ל שגם בכה"ג יש דין גלגול אף שאינו נשבע על העיקר כלל. ומוכח לדעת הרמב"ן שאין הגלגול תלוי במה שבפועל נשבע את שבועת העיקר אלא הגלגול הוא בחיוב השבועה. וגם הרא"ש שחולק אינו חולק על זה אלא ס"ל שאם אינו יכול לישבע ודינו לשלם מדין מתוך הוא נחשב מחויב ממון ולא שבועה. ונעייין בתומים שם שמבאר שהרמב"ן והרא"ש לשיטתם בזה דפליגי בריש פ"ק אם מהני עד המסייע לפטור מדין מתוך כשהנתבע אינו יכול לישבע. הרא"ש ס"ל שהוא נחשב מחויב ממון ואין ע"א קם לממון. והרמב"ן ס"ל שדינו כמחויב שבועה ומהני בזה עד המסייע ע"ש. ב. הראשונים לעיל ל"ה. ולקמן צ"ח. מביאים בשם הירושלמי שמי שנתייבב שבועה ורצה לישבע וראה שהתובע הולך לגלגל עליו טענות אחרות ורצה הנתבע לשלם את העיקר כדי שלא יגלגל עליו דברים אחרים אינו נפטר בזה מן הגלגולים אא"כ ישלם או ישבע על כל התביעות. וכן נפסק בשו"ע ס' צ"ד סע' ג'. וכתב הקה"י ס' ד' אות ד' שמוכח מזה דאף שאינו נשבע על העיקר יש גלגול. ומוכח שהגלגול הוא על החיוב ואינו תלוי במה שנשבע בפועל.

בדין זה שאינו נפטר מן הגלגולים ע"י שמשלם את העיקר כתבו הראשונים וכן נפסק בשו"ע שזה רק כשהתובע הוא ברי על טענת הגלגול. אבל אם התובע הוא שמא אף שגם בזה יש גלגול מ"מ בזה אם רצה הנתבע לשלם את העיקר א"א לגלגל עליו תביעות אחרות. וחידוש זה כתבו הרמב"ן והנ"י מיד אחר שכתבו את החילוק בין ברי לשמא לענין מתוך על שבועת הגלגול. ומבואר מזה דאף דאיכא גלגול בטענת שמא של התובע מ"מ לא הרי גלגול בטענת ברי של התובע כהרי גלגול בטענת שמא של התובע. דמה שנתבאר שגלגול אינו דין שנשבע על הגלגול אגב העיקר אלא זה גלגול בעיקר החיוב, דאגב העיקר הוא מחויב שבועת הגלגול, זה דוקא כשהגלגול הוא ע"י טענת ברי, אבל גלגול בטענת שמא ליכא חיוב שבועה על טענת הגלגול, ובזה הגלגול אינו אלא שנשבע על הגלגול אגב שבועת העיקר, ורק כשנשבע בפועל על העיקר יש דין גלגול בטענת שמא של התובע. ולכן בטענת שמא של התובע אם משלם הנתבע את עיקר התביעה אינו נשבע שבועת הגלגול.

וטעם החילוק הוא משום דמבואר בקידושין כ"ה. אחרי שלמדו גלגול שבועה מסוטה אשכחן בודאי ספק מנלן, והביאו לימוד נוסף שיש גלגול גם בטענת שמא. ופרש"י שם דהא דבעינן קרא לטענת שמא הוא משום דעיקר שבועת ממון ליתא אלא בטענת ודאי לכן ס"ד שגם גלגול בממון צריך טענת ברי קמ"ל. א"כ י"ל דגם אחרי הלימוד שיש גלגול בשמא אין זה בגדר חיוב שבועה דאין חיוב שבועה בממון בלי טענת ברי [חוץ משבועת השומרים שמחויבי השומר לברר טענתו בשבועה]. וגם הגלגול של שמא אינו חיוב שבועה אלא שנשבע אגב העיקר. ורק כשיש טענת ברי יש חיוב שבועה על טענת הגלגול כמו שיש חיוב שבועה על העיקר כשיש טענת ברי. ולכן בטענת ברי אפי' אם משלם את העיקר אפשר לגלגל, ובטענת שמא א"א לגלגל אא"כ הוא נשבע בפועל על העיקר. ומה שסובר הרמב"ן שאם אינו יכול לישבע על הגלגול יש מתוך היינו משום שהדין גלגול גורם חיוב שבועה וזה רק בגלגול בטענת ברי. אבל בטענת שמא אף שיש גלגול מ"מ אין זה חיוב שבועה אלא שנשבע על הגלגול אגב העיקר ובזה מודה הרמב"ן דליכא מתוך שאין מתוך אלא היכא דרמי עליו חיוב שבועה. וכן נראה שאם הנתבע טוען איני יודע על עיקר השבועה ודינו מתוך שאינו יכול לישבע משלם א"א לגלגל שבועה אחרת אפי' לרמב"ן אא"כ יש טענת ברי על טענת הגלגול שגלגול על טענת שמא יש רק כשבפועל נשבע על העיקר.

וא"ת היכי מגלגלין שבועה אפי' אם טוען הנתבע ברי יהיה נאמן במגו דאי בעי אמר איני יודע והיה נפטר שא"א לגלגל על טענת שמא של הנתבע. דהיינו שהתוס' ס"ל כשיטת רוב הראשונים בשבועות מ"ו: דמהני מגו לאפטורי משבועה ולא כשיטת הר"י מגש שם שלא מהני מגו לפטור משבועה ולכן הקשו שבכל גלגול יפטר הנתבע במגו דאיני יודע. רע"א לקמן צ"ח: מוכיח מהגמ' שם דלא מהני מגו לפטור משעת הגלגול. והטעם הוא דאפי' אם מהני מגו לפטור משבועה היינו רק כשפוטור את עיקר השבועה אבל בגלגול לא מהני מגו כיון שעל העיקר ליכא מגו וסו"ס הוא נשבע על העיקר א"כ איכא גלגול. שהרי כל"ה הוא פטור משבועת הגלגול מצד עצמו שהוא כופר הכל או שזה קרקע ומ"מ הוא נשבע מכת גלגול וא"כ גם כשיש מגו על הגלגול אכתי איכא גלגול מכת שבועת העיקר. ומה"ט מקשה רע"א שם מה הקשו התוס' כאן שיפטר משבועת הגלגול מכת מגו. ותי' דמה שמוכח לקמן שלא מהני מגו לפטור משבועת הגלגול הוא אחרי שבכל גלגול ליכא מגו דמגו דאיני יודע אינו מגו א"כ נתחדש דין גלגול ותו לא מהני מגו לפטור מזה אא"כ יש מגו על העיקר. וקושיית התוס' היא שבכל גלגול איכא מגו ולא היה צריך להיות דין גלגול מעיקרא.

כדברי רע"א לגבי מגו כתב גם השעה"מ בס' צ"ד לגבי עד המסייע. דמספקא ליה לשעה"מ שמא לא מהני עד המסייע לפטור משבועת הגלגול אף לראשונים דס"ל שעד המסייע פוטר מכל שבועה. דכיון שעל העיקר אין עד המסייע והוא נשבע על העיקר לא יועיל הפטור של העד על הגלגול דסו"ס כיון שנשבע על העיקר איכא סיבה לגלגל. וזה ממש כדברי רע"א לגבי מגו. [היכא דאיכא עד המסייע על עיקר השבועה אם אפשר לגלגל עיין רע"א בשו"ע ס' צ"ד סע' ה']. ועיין בריש פ"ק דף ב: שכתבנו בס"ד לחלק בין גדר הפטור של מגו לפטור של עד המסייע. דלגבי מגו הקו"ש בח"ב ס' ו' מוכיח מדברי הר"ן בשבועות שאין המגו במקום השבועה אלא שהמגו פוטר מחיוב השבועה. ולגבי עד המסייע הוכחנו שם מדברי רבינו יונה שאין העד פוטר מחיוב השבועה אלא העד מהני במקום השבועה והוי כאילו נשבע. ולפ"ז יש מקום לחלק בין דברי רע"א שלא מהני מגו לפטור משבועת הגלגול דלא שייך לפטור מן הגלגול כל זמן שאינו נפטר מן העיקר שגם אחרי הפטור נשאר הגלגול לבין עד המסייע שנחשב ע"י העד כאילו נשבע א"כ יועיל לפטור גם משבועת הגלגול שזה נחשב כאילו נשבע על טענת הגלגול. והשעה"מ מוכיח ספיקו מדברי רבינו יונה שהובא ברא"ש בריש ב"מ ומאותו רבינו יונה מוכח שעד המסייע הוא כאילו נשבע כמש"כ בפ"ק ע"ש.

אף דכתבנו לעיל דמוכח בכמה מקומות שגלגול שבועה הוא חיוב וגם אם אינו נשבע על העיקר יש עליו חיוב לישבע על הגלגול מ"מ נראה דהיכא דאיכא מגו או עד המסייע על טענת הגלגול, אף דכתבו רע"א ושעה"מ שאין המגו והעד מבטלים את הגלגול היינו רק כמו שכתב רע"א שם דבפועל נשבע על העיקר ונשאר הגלגול, אבל באופן זה כבר אין הגלגול בגדר חיוב שמהחיוב הוא נפטר ע"י המגו והעד המסייע, ונשאר רק הדין שנשבע על הגלגול אגב שבועת העיקר. ודין הגלגול כשיש מגו על טענת הגלגול דמי לגלגול בטענת שמא שאינו בגדר חיוב אלא שנשבע אגב שבועת העיקר. ובזה אם אינו נשבע בפועל על העיקר הוא לא ישבע גם על הגלגול. עיין מה שכתבנו בס"ד ע"פ דברים אלו לקמן צ"ח: ובפרק המפקיד דף ל"ה.

וא"ת על טענת ודאי מנלן דמגלגלין אפי' על דבר שאינו דומה אמת כיון דגלגול מסוטה נפקא לן. ביאור תירוץ התוס' על שאלה זו היא דכיון שהלימוד מסוטה הוא ג"ש ולא ק"ו ילפינן כל מה שמצאנו שם אף שיש פירא. ותרי מילי ילפינן מסוטה לשבועות של ממון. א. הדין שמצאנו בסוטה שמגלגלין בו היכא דדומה להיות אמת אף בטענת שמא לומדים לממון. ואף דאיכא למיפוך מה לסוטה שכן עיקר שבועה ידידה בא על טענת שמא תאמר כממון שעיקר השבועה הוא רק בטענת ברי מ"מ כיון דאיכא ג"ש לא פרכינן וילפינן הדין שמצאנו בסוטה לממון. אבל זה רק עד כמה שמצאנו בסוטה דהיינו במקום שדומה שהוא אמת. ב. עוד ילפינן מסוטה כלל דדין שבועת הגלגול שוה לדין שבועת העיקר. וכמו שבסוטה שהעיקר הוא בשמא גם הגלגול הוא בשמא כך כממון הגלגול שוה לעיקר. וכיון שבממון נשבעין בטענת ודאי אף שאין הדבר דומה שהוא אמת כך מגלגלים בטענת ברי כממון אף בדבר שאינו דומה שהוא אמת. ואף שדין זה שמגלגלין בדבר שאינו דומה שהוא אמת לא מצאנו בסוטה מ"מ ילפינן הכלל דדין הגלגול כדין העיקר. אבל ללמוד מסוטה גלגול בממון בטענת שמא כשאין דומה שהוא אמת א"א לא מכלל לימוד הדין דלא מצאנו בסוטה גלגול בדבר שאינו דומה להיות אמת, ולא מכלל הכלל שבממון אין שבועה על העיקר בטענת שמא.

דף צז:

תוד"ה והלה. א"נ דברי דמשאל עדיף מברי דשואל ושמא דמשאל עדיף מדשואל. אין כונתם שהיה ה"א לומר דכיון שהברי של השואל הוא גרוע והשמא של המשאל הוא טוב יהיה עדיף שמא טוב דמשאל מברי גרוע דשואל, אלא כיון דמתני' כסומכוס ומספק הדין יחלוקו צריך שהברי של השואל יבטל את הדין יחלוקו ויגרורם שלא יוציאו מספק, ולענין זה ס"ד שאין בכח הברי גרוע של השואל כנגד השמא טוב של המשאל לבטל את הדין יחלוקו של דררא דממונא, קמ"ל.

תוד"ה לימא. כתבו דטעמו של סומכוס שחולקים מספק אינו משום דלא אזיל בתר המוחזק אלא משום דס"ל דדררא דממונא חשיב כשניהם מוחזקים. ואם לדבריו מהני ברי ושמא להוציא הכל ה"ה שיועיל לרבנן דלא פליגי רבנן וסומכוס בכח המוחזק. לעיל בדף ב: אמרו על מתני' דשנים או חזין בטלית דחולקין בשבועה לימא מתני' דלא כסומכוס דלסומכוס חולקין בלא שבועה. ומשני כי אמר סומכוס היכא דאיכא דררא דממונא אבל היכא דליכא דררא דממונא לא אמר. ואינו מוכן הרי כל המעלה של דררא דממונא הוא כמבואר בתוס' כאן דנחשב כשניהם מוחזקים, והתם דאיירי באוחזים ממש מה בכך דליכא דררא דממונא, ואכתי קשה דלסומכוס צריך להיות יחלוקו בלי שבועה באוחזין בלי דררא דממונא כמו בדררא דממונא בלי או חזין. ולכאורה מוכח מזה דאף שלשון התוס' הוא דהענין של דררא דממונא הוא שנחשב עי"ז כשניהם מוחזקים המוחזקות שמקבלים שניהם מכלל הדררא דממונא הוא אלים יותר מהמוחזקות שמקבלין ע"י האחיזה כשאין דררא דממונא. והיינו משום שמה שיש ספק לב"ד שהממון שלו בלי טענתו זה נותן יותר שייכות לממון מאחיזה גרידא. ואף שבשנים או חזין חולקים עם שבועה כשיש דררא דממונא חולקים בלי שבועה.

הקונה"ס בכלל א' אות ד' מביא בשם הש"ך בס' צ"א שממון ששנים או חזין בו לא אזלינן ביה בתר חזקת מ"ק אלא חולקין. והקונה"ס מביא ראיה לדבריו מדברי התוס' כאן שכתבו שטעמו של סומכוס הוא משום דס"ל שע"י הדררא דממונא זה נחשב ששניהם מוחזקין ולכן חולקין ולא אזלינן בתר חמ"ק. ועד כאן לא פליגי רבנן אלא משום דלא ס"ל שהדררא דממונא גורם שיחשב שניהם מוחזקין כמש"כ הקונה"ס בכלל ח' אות ז', אבל באוחזין ממש גם רבנן יודו דלא אזלינן בתר חזקת מריה קמא. ולפי מה שנתבאר ליכא ראיה מהכא לדברי הש"ך דדררא דממונא דסומכוס עדיף משנים או חזין ואף בדררא דממונא לא אזלינן בתר חמ"ק אין ראיה מזה דבאוחזין בלי דררא דממונא לא אזלינן בתר חמ"ק.

תוד"ה והלה אומר. הקשו מה ראית הגמ' מכאן דברי ושמא ברי עדיף הרי לא נחלקו אלא באיני יודע אם נתחייבתי, והכא כיון שהיה בהמה שבודאי היתה שאולה דמי לאיני יודע אם פרעתין ובזה לכו"ע ברי עדיף כמבואר בב"ק קי"ה. וכתבו דהיכא דמסר ב' פרות זה איני יודע אם נתחייבתי מפני שבודאי החזיר אחת והשניה שנשארה ברשותו יש ספק אם מתחילה היתה שאולה או שכורה והוי איני יודע אם נתחייבתי. ובסוף דבריהם כתבו וכן בפרה אחת כשאני יודע אם מתה בעודה שאולה. ולא ביארו דבריהם אמאי הוי איני יודע אם נתחייבתי הרי בפרה אחת הוא בודאי נעשה שואל על בהמה זו וספק אם נפטר מחיוב שואל ע"י שהגיע זמן השכירות או שמתה בזמן השאלה ונשאר עליו חיוב שואל, ואמאי אין זה איני יודע אם פרעתין.

הנ"י והרמב"ן כתבו שאם היה בודאי שואל ויש ספק אם מתה בזמן השאלה או לא, אם זה נחשב איני יודע אם נתחייבתי או איני יודע אם פרעתיך תלוי במחלוקת בב"ק קי"ב. ובכתובות ל"ד: אם שואל מתחייב משעת משיכה או משעת אונסין. שאם מתחייב משעת משיכה זה איני יודע אם פרעתיך ואם משעת אונסין זה איני יודע אם נתחייבתי. הריטב"א כאן כתב שגם למ"ד ששואל מתחייב משעת משיכה אין הפשט שהוא כבר מחויב אלא גם לדידיה עיקר החיוב חל בשעת אונסין אלא שנכסיו משובעים משעת שאלה, כמו שמצאנו בנ"י בב"ק כ"ג. שבזרק חץ משתעבדים נכסיו עוד לפני הנזק. וכיון שגם למ"ד משעת משיכה עיקר החיוב חל בשעת אונסין כשיש ספק לכו"ע זה איני יודע אם נתחייבתי. דברי הריטב"א לכאורה צ"ע מהגמ' בכתובות ל"ד: דמבואר שם שאם שאל בחול וטבח בשבת למ"ד שמשעת אונסין מתחייב הוא פטור מפני שקלב"מ אבל למ"ד שמתחייב משעת משיכה אין בזה קלב"מ מפני שהחיוב חל עליו בשעת משיכה ולא ע"י הטביחה של שבת. ולריטב"א שלכו"ע החיוב חל בשעת אונסין קשה אמאי אין קלב"מ גם למ"ד משעת משיכה. ועיין מש"כ בזה בס"ד בב"ק קי"ב.

הקצה"ח בס' רצ"א סק"א מביא שהראשונים בסוף המפקיד מקשים אמאי שואל משלם כיוקרא וזולא דשעת האונס מ"ש מגזלן דמשלם כשעת הגזילה. ומביא הקצות שהרמב"ן תי' ששואל משלם כשעת האונסין משום דקי"ל ששואל מתחייב משעת אונסין, ומשמע דס"ל שלמ"ד משעת משיכה באמת שואל יהיה כגזלן וישלם כשעת שאלה. וכתב הקצות שברמב"ם א"א לומר כן דפסק ששואל מתחייב משעת משיכה ואעפ"כ ס"ל ששואל משלם כיוקרא וזולא דשעת האונס. וכתב הקצות שהרמב"ם ס"ל בזה כריטב"א שגם למ"ד ששואל מתחייב משעת משיכה עיקר החיוב הוא בשעת האונס, ולכן אף שפסק הרמב"ם ששואל מתחייב משעת משיכה היינו רק לענין שיעבוד אבל משלם כיוקרא וזולא דשעת האונס. והרמב"ן דס"ל שהיוקרא וזולא בשואל תלוי אם מתחייב משעת אונסין או משעת שאלה הוא לשטתו שתולה הכא אי שואל הוי איני יודע אם פרעתי או איני יודע אם נתחייבתי במחלוקת זו ולא ס"ל כריטב"א. גם רע"א כאן בד"ה והלה אומר כתב שהרמב"ם אזיל בשיטת הריטב"א דכיון שפסק הרמב"ם כמ"ד משעת משיכה מתחייב קשה לומר שהגמ' כאן קאי כמ"ד משעת אונסין ודלא כהלכתא. אבל לריטב"א ניהא דלכו"ע הוי איני יודע אם נתחייבתי. נמצא דמוכח ברמב"ם דס"ל כריטב"א מתרי טעמי. א. הקצות מוכיח מהא דפסק הרמב"ם משעת משיכה וס"ל דאזלינן בתר יוקרא וזולא של שעת האונסין. ב. דפסק משעת משיכה ואעפ"כ מבואר כאן דהוי איני יודע אם נתחייבתי.

בביאור דברי התוס' שכתבו שגם פרה אחת הוי איני יודע אם נתחייבתי אף שהיה כאן ודאי שאלה נחלקו הש"ך בס' רצ"א והקצות בס' ש"מ סק"ד. הש"ך ס"ל שם איפכא מדברי הריטב"א הנ"ל שאפי' למ"ד ששואל משתעבד משעת אונסין היינו רק שחיוב תשלומי דמי הבהמה חלים רק אז אבל חיוב השבת הפקדון חל מיד בשעת שאלה וכשיש ספק אם השואל נפטר מחיוב זה או לא זה איני יודע אם פרעתיך. וכן דעת היש"ש שהובא בקצות הנ"ל. והש"ך מביא ראיה לדבריו מתוס' דידן שכתבו שמה שבב' פרות זה איני יודע אם נתחייבתי הוא משום שפרה אחת בודאי החזיר ובשניה יש ספק אם מעיקרא נעשה עליו שואל או לא, משמע שאם היה בהמה אחת שידוע שנעשה עליו שואל והיה ספק אם היה אונס או לא היה נחשב איני יודע אם פרעתיך. וכתב ע"ז הקצות קרוב לסוף סק"ד דסיומא לא הוי מסיימי קמיה דהש"ך דברי התוס' שם שכתבו שגם בפרה אחת זה איני יודע אם נתחייבתי. וע"כ הטעם הוא או משום דקי"ל ששואל מתחייב משעת אונסין וס"ל כרמב"ן והנ"ל, או דס"ל כריטב"א שגם למ"ד משעת שאלה עיקר החיוב הוא בשעת אונסין ולכן זה איני יודע אם נתחייבתי. ומה שכתבו בב' פרות שזה איני יודע אם נתחייבתי מפני שודאי החזיר אחת זה לרווחא דמלתא שבזה פשוט לכו"ע דהוי איני יודע אם נתחייבתי, אבל מיד אח"כ כתבו שגם בפרה אחת זה איני יודע אם נתחייבתי, ומבואר דלא ס"ל כסברת הש"ך. ומה שאין זה איני יודע אם פרעתיך מכח חיוב השבה מבאר הקצות דליכא חיוב השבה בשומר אלא רק בגזלן ובאבידה. ושומר רק חייב להעמיד את הבהמה ולא לעכב על הבעלים לקחת את הפקדון אבל חיוב השבה לרשותם אין עליו. וכן מוכח לכאורה בריטב"א שכתב דהוי איני יודע אם נתחייבתי. וצ"ע מדברי הריטב"א לעיל פ"א. שמוכח מדבריו דס"ל שיש חיוב השבה בשומר כמו שהובא שם בשם ספר אהבת חסד סוף פרק כ"ב.

בדעת הש"ך נראה דס"ל שמתחילת דברי התוס' שכתבו שבב' פרות זה איני יודע אם נתחייבתי מפני שבודאי החזיר אחת מוכח דלולא זה היה נחשב איני יודע אם פרעתיך. ומה שכתבו בסוף דבריהם שגם בפרה אחת זה נחשב איני יודע אם נתחייבתי סובר הש"ך דלא נזכר בדברי התוס' שתלוי אם שואל מתחייב משעת משיכה או משעת אונסין והוי להו למימר דהוי איני יודע אם נתחייבתי מפני שאינו מתחייב אלא בשעת האונס, וכ"ש אי ס"ל כריטב"א עיקר התירוץ חסר מן הספר. ולכן למד הש"ך שבפרה אחת שיש ספק אם מתה בשעת שאלה או לא ליכא חזקת חיוב מטעם אחר. ויש לבאר בב' אופנים א. בכל מקום שיש חזקה המצב הראשון ישאר כמו שהיה עד שיעשה פעולה לשנות. כגון חזקת פנויה או חזקת אשת איש כ"ז שלא יעשה מעשה ישאר המצב הראשון קיים ואין צורך שיעשה מעשה כדי לקיים את המצב הראשון. ובזה כשיש ספק איכא חזקה שלא השתנה המצב הראשון. אבל הכא ידוע שנעשה שואל רק לחצי יום וידוע שעבר החצי יום, וא"כ בודאי יצא מכלל שואל. והצד שלא פקע מיניה חיוב שואל הוא רק שמא מתה הבהמה בחצי הראשון של היום וזה גרם שלא פקע מיניה חיוב שואל כשעבר זמן השאלה. נמצא דכדי שישאר המצב של חיוב צריך שישתנה מצב הבהמה. והנ"י והרמב"ן ס"ל דאעפ"כ כיון שיש צד שלא פקע החיוב איכא חזקת חיוב. אבל התוס' ס"ל דכיון שכדי שישאר המצב של חיוב צריך שיהיה שינוי במצב הבהמה ליכא חזקה של חיוב. וזהו שכתבו התוס' דבפרה אחת אין חזקת חיוב כשאנו יודע אם מתה בעודה שאולה. אבל היכא שידוע שמתה הבהמה והספק הוא אם היה אונס או לא שפיר הוכיח הש"ך מתחילת דברי התוס' דהוי איני יודע אם פרעתיך מדהוצרכו לומר שבודאי החזיר אחת. ומסוף התוס' ליכא סתירה לש"ך דהתם שאני דליכא חזקת חיוב כיון שהמצב של חיוב ימשך רק אם ישתנה מצב הבהמה וע"ז ליכא חזקה של חיוב. ב. אפי' אם נאמר שיש חזקת חיוב אף שהחיוב תלוי בשינוי מצב הבהמה מ"מ נגד החזקת חיוב איכא חזקת חי של הבהמה שאומרת שלא מתה בזמן השאלה אלא אחר זמן השאלה ופקע חיוב שואל מיניה. וכיון דאיכא חזקה נגד חזקה החזקה הוא כמאן דליתא והוי כאיני יודע אם נתחייבתי. ושפיר למד הש"ך חידושו מתחילת דברי התוס' ואין סתירה לזה מסוף דבריהם.

הנ"י כתב לבאר הא דלא חשיב הכא איני יודע אם פרעתיך למ"ד שואל משעת משיכה מתחייב דהא דנקט התנא שאלה חצי יום ושכרה חצי יום הסדר אינו בדוקא ובכלל האיני יודע של השוכר כלול שיתכן שהיתה שכורה בחצי הראשון ומתה כשהיתה שכורה וא"כ יתכן שלא היה מעולם שואל על בהמה זו וליכא חזקת חיוב. ומקשה רע"א דלא הרויח הנ"י במה שאומר שהשכירות היתה לפני השאלה דאמנם בכה"ג ליכא חזקת חיוב מ"מ איכא חזקת הגוף דחזקת חי אומר שמתה אחר גמר זמן השאלה וברי ושמא עם חזקת הגוף מהני להוציא ממון כמבואר בכתובות י"ב: וכשם שכתב רע"א שאם קדם השכירות יש חזקת

חי לחייב כך כשקדם השאלה החזקת חי הוא חזקה לפטור ואיכא חזקת חי נגד חזקת חיוב ושפיר כתבו התוס' שא"א לחייב בזה מכח חזקת חיוב ולא קשיא על הש"ך מסוף דברי התוס'. גם בתוס' לקמן ק. סוד"ה הא מבואר דאיכא הכא חזקת חי ע"ש.

נמצא השיטות לענין ודאי שאלה וספק אונס אי איכא חזקת חיוב א. לרמב"ן ולנ"י תלוי במחלוקת אם שואל מתחייב משעת משיכה או משעת אונסין. ב. לריטב"א אפי' אם מתחייב משעת משיכה עיקר החיוב הוא בשעת אונסין ולכונ"ע זה אינו יודע אם נתחייבתי. ג. לש"ך וליש"ש אפי' למ"ד ששואל מתחייב משעת אונסין זה אינו יודע אם פרעתין מפני שהיה ודאי חיוב השבה. והדרכים בבואור סוף דברי התוס' שפרה אחת שאינו יודע אם מתה בעודה שואלה או לא הוי אינו יודע אם נתחייבתי הם א. ס"ל כנ"י והרמב"ן וקאי אליבא דמ"ד ששואל מתחייב משעת אונסין. ב. ס"ל כריטב"א שגם למ"ד שמתחייב משעת משיכה זה אינו יודע אם נתחייבתי. ב' פשטים אלו כתב הקצה"ח. ג. לדעת הש"ך ליכא חזקה של חיוב כיון שהמצב של חיוב ימשך רק אם תמות הבהמה. וכיון שצריך שינוי במצב הבהמה כדי לקיים את המצב של חיוב אין ע"ז חזקה. ד. עוד י"ל בדעת הש"ך דאין לחייב מכח חזקת חיוב כיון שיש כנגדה חזקת חי של הבהמה. והא דאיכא הכא חזקת חי של הבהמה נזכר בדברי רע"א בקושיתו על הנ"י.

אינו יודע אם פרעתין. בעיקר דין זה דמבואר בסוף ב"ק שאינו יודע אם פרעתין חייב כשהתובע ברי והנתבע שמא

בפשטות זה צירוף של ברי ושואל עם חזקת חיוב. אמנם הרשב"א בגיטין ע"ח: ס"ל שהעיקר בזה הוא החזקת חיוב ובה לבד סגי להוציא ממון. ומה שבשואל ושואל לא מוציאים הוא מפני שאם התובע הוא שואל יש ריעותא בטענתו כיון דהוי ליה למידע. אבל באופן דלא הוי ליה למידע כגון בגמ' בגיטין שם שזרק חוב ספק קרוב ללוה ספק קרוב למלוה סובר הרשב"א שמחייבים את הלוה מכח חזקת חיוב אף שאין צירוף של ברי ושואל. [דברי הרשב"א הובאו במל"מ פ"ד משאלה ה"א ובקצה"ח ס' ע"ה סק"ו וס' ש"מ סק"ד וברע"א לעיל ל"ו: ד"ה והנה בגוף היסוד]. ולדברי הרשב"א בודאי מהני חזקת חיוב אף בכרי גרוע ושואל טוב דלא בעינן ברי"ש כלל. ומדברי התה"ד שהובא במל"מ בפ"ד משאלה ה"א דס"ל שגם כאינו יודע אם פרעתין בעינן ברי טוב ושואל גרוע מוכח דלא ס"ל כרשב"א שמוציאים מכח חזקת חיוב לבד אלא בעינן צירוף של ברי ושואל עם חזקת חיוב. ובגדר חזקת חיוב אי בעינן מצב של חיוב או דסגי במה שיש ודאי סיבת חיוב עיין בש"ך בס' ע"ה סק"ז שאפי' בספק פרעון שלפני ההלואה שיתכן שמעולם לא נתחייב מ"מ כיון דאיכא ודאי הלואה וספק פטור אמרינן אין ספק מוציא מידי ודאי ומחייבים. ועיין לעיל צ"ו. שכתבנו שמבואר בכמה מקומות שמחייבים מספק כשיש ודאי סיבת חיוב וספק פטור, כגון פשיעה בספק בעליו עמו, או מזיק עם ספק קלכ"מ, או מזיק עם ספק פטור של אונס. ומה שיש צד לחייב בכל אלו הוא רק בצירוף שני הענינים הנ"ל. א. דברי הרשב"א שחזקת חיוב לבד מחייב ולא בעינן צירוף של ברי"ש. ב. דברי הש"ך דסגי בודאי סיבת חיוב ולא בעינן שיהיה בפועל מצב של ודאי חיוב. וע' בענין זה בקו"ש ח"ב בהשמטה לס' ג'.

תוד"ה ר"ה ור"י. כתבו דאפי' מאן דאית ליה ברי"ש ברי עדיף זה דוקא בכרי טוב ושואל גרוע. ולא מפורש בתוס' אם

הקובע בזה הוא חברי טוב או השואל גרוע. אך מהמשך דברי התוס' על הגמ' בב"ב קל"ה שכתבו דחשיב ברי טוב דירא שמא יתברר לאחר זמן מוכיח הקו"ש בב"ב אות תס"א שאם חברי הוא טוב מהני אף שגם השואל הוא טוב ששם השואל הוא טוב דלא הוי ליה למידע. ועוד מוכיח הקו"ש כן מסברא שהחסרון של שואל גרוע הוא דכיון דהוי ליה למידע ואינו יודע זה מעורר חשש שמא משקר. וכנגד החשש משקר איכא מגו שאומר אמת שהיה יכול לומר ברי. וכיון דאיכא מגו אין חסרון בשואל הגרוע וע"כ שתלוי בכרי אם הוא טוב או לא. ועיין לקמן ק. שכתבנו בס"ד שמדברי המרדכי בפ"ק דכתובות מוכח לכאורה דס"ל שתלוי בשואל ולא כדמשמע בתוס' דידן ולא כמו שכתב הקו"ש.

מדברי אביי בכתובות י"ב: מוכיחים התוס' דס"ל שלמ"ד ברי"ש ברי עדיף היינו אפי' בכרי גרוע ושואל טוב. וצריך להבין

סברת אביי הרי בכרי גרוע ליכא שום ראייה מטענתו ובמה הוא מוציא ממון. ונראה דמבואר בשבועות מ"ב. ובעוד מקומות דמי שהוחזק כפרן אינו נאמן לטעון טענת פטור באותו ממון. וצ"ב אמנם הוא אינו נאמן בטענתו מ"מ איך מוציאים ממנו ממון וכי מפני ששיקר באותו ממון יש הוכחה שהוא חייב ולא שילם אח"כ. והביאור בזה הוא כמו שכתב בקו"ש ח"ב בקובץ שמועות על מס' ב"מ אות י"ב [וע"ע בקו"ש ב"ב אות תרנ"ו ובח"ב בהשמטה לס' ג'] דבדיני ממונות יש דין טוען ונטען ואם התובע טוען שחייבים לו והנתבע אינו משיב שום טענת פטור התובע גובה מכח טענתו בלי שום ראייה. והדין של הוחזק כפרן הוא דכיון ששיקר אין לו דין נאמנות טענה בממון זה והטענת פטור שלו הוא כמאן דליא וממילא גובה התובע מכח טענתו. ומה דקי"ל ברי"ש לאו ברי עדיף ואין התובע גובה מכח הטענה שלו הוא משום דלהלכה גם טענת שואל הוא טענה לפטור, דטוען שאינו יודע ולכן יש לפטור. אבל אביי ס"ל דטענת שואל אינו טענה במקום טענת ברי של התובע וממילא גובה התובע מכח טענתו אף שאין ראייה שהוא אומר אמת. ומבואר באחרונים שזה הפשט בדין של ברי ושואל גם למאן דמצריך ברי טוב ושואל גרוע, דלא מסתבר שמוציאים בזה מכח הראיה של חברי טוב לבדו אלא דטענת שואל הגרוע של הנתבע אין בכוחו לבטל כח טענתו של התובע כשהברי שלו טוב והוא גובה מכח הטענה שלו כשאין טענה ששקולה כטענתו כנגדו. עיין בשערי יושר ש"ו פ"ח ד"ה כתב ר' יונה ובקו"ש כתובות אות כ"ו.

ממה שהקשו התוס' בסוף הדיבור למאן דלית ליה מתוך שאינו יכול לישבע משלם כל מודה במקצת יפטר משבועה במגו

שהיה אומר נ' ידענא ונ' לא ידענא מוכיח רע"א דס"ל לתוס' שאין מן התורה שבועה על טענת אינו יודע. דהיינו שמדברי רבא שאומר בנ' ידענא ונ' לא ידענא שיש מתוך ליכא ראייה שאין שבועה באינו יודע שהוא מחויב שבועה ודאית וזה אינו יכול לישבע וצריך לשלם וכיון שמשלם אינו נשבע. אבל למאן דלית ליה מתוך היה מקום לומר שאם אינו יכול לישבע שבועה ודאית ישבע לכה"פ שאינו יודע. ומקושתית התוס' מוכח דליכא שבועה דאורייתא שאינו יודע. ורק מדין היסת נשבע שאינו יודע כמו שכתבו התוס' בד"ה ר"ב בשם רש"י.

תוד"ה ה"נ. ר"ת נקט בקושיתו שהדין מתוך כשהיחוב השבועה הוא על התובע הוא שמתוך שאין התובע יכול לישבע

הנתבע משלם. ולכן סבר ר"ת שמדברי ר"נ דס"ל בשניהם חשודים יחלוקו מוכח דלית ליה מתוך. וכן מדברי רב ושמואל דס"ל שבמת לזה בחיי מלוה שאין היורשים יכולים לישבע שבועה ודאית שנתחייב בו אביהם אינם נוטלים מוכח דלית להו מתוך. וא"כ ר' אבא שסובר מתוך ור"נ דאית ליה יחלוקו ורב ושמואל שפוטרים את הנתבע לגמרי הם ג' שיטות חלוקות ואיך יתכן דקי"ל ככולהו, דקי"ל כר' אבא, והלכתא כר"נ בדיני, ומבואר בשבועות מ"ח: דעביד כרב ושמואל עביד. ומחדש ר"ת דהדין מתוך כשהשבועה היא על התובע אינו מתוך שאין התובע יכול לישבע הנתבע משלם אלא מתוך שאין התובע יכול לישבע התובע מפסיד. וא"כ אין סתירה בין ר' אבא לר"נ ולא לרב ושמואל וקי"ל ככולהו. אך מפשטות דברי הגמ' בשבועות מבואר

דבר ושמאל לית להו מתוך, וא"כ מוכח שהדין מתוך בנזל הוא מתוך שאין התובע יכול לישבע הנתבע משלם, ומזה שסוברים רב ושמאל שהתובע מפסיד מוכח דלא ס"ל מתוך, וזה אחד משאלותיו של ר"י על ר"ת. וסברת הסוברים שהדין מתוך הוא שמתוך שאין התובע יכול לישבע הנתבע משלם מבוואר ברא"ש בשבועות מ"ז: שהדין של מתוך הוא דהיכא שא"א לקיים את דין השבועה הדין לעיקר דין הממון. ובשבועת הנפטרים כשהייב הנתבע שבועה דאורייתא כלול בחיוב שבועה דין של שבע או שלים ואם אינו נשבע חייב לשלם. ובשבועת הנזילין באותם שמעיקר הדין נוטל בלי שבועה היכא דאינו יכול לישבע חוזר דין הממון ונוטל בלי שבועה. ולפ"ז ביאור מחלוקת ר"י ור"ת הוא אם כשתקנו שהנוטל צריך שבועה בטלו את זכות הנטילה עד שישבע או שרק תקנו שצריך לברר דבריו ע"י שבועה. שאם בטלו את זכות הנטילה עד שישבע כשאינו יכול לישבע הוא מפסיד, ואם לא בטלו את זכות הנטילה אלא חייבו את הנוטל שבועה אם אינו יכול לישבע חוזר דין הממון ונוטל בלי שבועה. ובתוס' בב"ב ל"ד. הביאו דברי ר"ת באופן אחר ממה שכתבו כאן ולדבריהם שם גם ר"ת ס"ל שמתוך שאין התובע יכול לישבע הנתבע משלם. ועי' מה שכתבנו בשיטות הראשונים בזה בשבועות מ"ז.

דף צח.

תוד"ה מתוך. פשיטא להו לתוס' שבכל מתוך התובע נוטל בלי שבועה ולכן הקשו מ"ש חשוד שהתובע נשבע ונוטל מכל מי שאינו יכול לישבע שהתובע נוטל בלי שבועה. מה דפשיטא להו דבכל מתוך אין התובע נשבע הוא מכח הגמ' בשבועות ל"ב. דהכל מודים בע"א בנסכא דר"א דאיכא שבועת העדות. דהיינו אף דפליגי התם במשביע ע"א אי איכא שבועת העדות או לא היינו היכא שאין הע"א מחייב ממון אבל בנסכא דר"א הע"א מחייב ממון ע"י הדין של מתוך ובוזה איכא חיוב שבועת העדות. ואי אמרין שבמתוך התובע נוטל רק עם שבועה ליכא חיוב שבועת העדות על העד דיכול לטעון מי ימר שאם היה מעיד התובע היה נשבע כמבואר בגמ' בשבועות שם. אלא מוכח דהיכא שהנתבע חייב מדין מתוך התובע נוטל בלי שבועה.

אמנם יש חולקים בזה על התוס' ששיטת התשובות מיימוניות ספר משפטים ס' ס"א הוא שבכל מקום שיש דין מתוך התובע צריך שבועה כדי ליטול כמו בחשוד. ומקשה התש' מיימוניות אמאי יש חיוב שבועת העדות בע"א בנסכא דר"א הרי התובע צריך שבועה ומי ימר דמשתבע. ומוכיח מזה התש' מיימוניות שעד המסייע פטר משבועה. ולכן אף שבכל מתוך התובע צריך שבועה כדי ליטול במתוך שבא ע"י שבועת ע"א אין התובע צריך שבועה, שאותו העד שמחייב את הנתבע שבועה הוא עד המסייע לפטור את התובע משבועה. ומבואר בדבריו דס"ל שעד המסייע פטר גם משבועת הנזילין. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לעיל דף ב:.

נחלקו האחרונים בביאור תירוץ התוס' שבחשוד תקנו שישבע כנגדו דאל"כ לא שבקת חיי לכל החשודים. דבפשוטו משמע שלתי' זה מן התורה איכא דין מתוך גם בחשוד ומן התורה נוטל התובע בלי שבועה ורבנן תקנו שבועה כדי שלא יפסידו את החשודים. כן מפרש הקצה"ח בס' ע"ה סק"א וכתב שנחלקו בזה תירוצי התוס' לעיל ח. שלתי' השני שם לא אמרין מתוך בחשוד משום שהוא מוכן לישבע אלא שאין אנו מניחים אותו לישבע. ולתי' זה מדינא אינו משלם כלל דליכא מתוך בחשוד אלא שתקנו חכמים שישבע התובע ויטול. התומים בס' צ"ב סק"י מקשה על התי' שכתבו התוס' כאן דמבואר לעיל ה: שבשבועת היסט אם הנתבע חשוד לא אמרין כנגדו נשבע ונוטל ופוטרים את הנתבע משום דהוי תקנתא לתקנתא. ואי נימא דמן התורה איכא מתוך גם בחשוד ומה שהתובע צריך שבועה הוא תקנה אמאי הוי נטילת התובע בשבועת היסט תקנתא לתקנתא הרי בשבועה דאורייתא דין זה הוא מן התורה. ומוכיח מזה התומים שגם לתי' שכתבו התוס' כאן מן התורה אין מתוך בחשוד כיון שהוא מרצונו היה נשבע. ומה שהוצרכו התוס' לומר שהתובע נשבע כדי שלא יפסידו את החשודים הוא משום דאף שמן התורה ליכא מתוך בחשוד מ"מ כשרבנן תקנו שכן יהיה מתוך בחשוד אמאי תקנו שהתובע ישבע ולא תקנו כעין מתוך דאורייתא דנוטל התובע בלי שבועה. ועי' כתבו התוס' שאם לא היו מתקנים שבועה לא שבקת חיי לכל החשודים.

החזו"א בחזו"מ ס' ט' סק"ג כתב איפכא מדברי התומים ומוכיח שלשני התירוצים מן התורה איכא מתוך בחשוד דמפורש בגמ' בשבועות דהיכא דשניהם חשודים למאן דאית ליה מתוך אמרין חזרה שבועה למחויב לה ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. מבואר דאיכא דין מתוך גם בחשוד. ומה שבת' השני כתבו לעיל שאין מתוך מפני שמרצונו היה נשבע זה רק סברא למה רבנן תקנו שבועה לתובע דכיון שהנתבע רוצה לישבע ולא מניחים לו לישבע תקנו שבועה לנוטל כדי להפסיק דעתו. אבל גם לתי' זה יש דין מתוך והנטילה היא מן התורה והשבועה היא תקנה"ה. נמצא דאיכא ג' שיטות בזה אי הנטילה של מי שכנגדו חשוד על השבועה הוא מן התורה או לא. א. לקצות זה תלוי בתירוצי התוס'. ב. לתומים לשני התירוצים אין מתוך בחשוד והנטילה היא רק מדרבנן. ג. לחזו"א לשני התירוצים יש מתוך מן התורה בחשוד והנטילה היא מן התורה אלא שרבנן תקנו שישבע התובע.

ולרמי בר חמא. שיטת רש"י בב"ק שלר' חייא בר יוסף דסבר עירוב פרשיות כי הוא זה דכתיב בשומר קאי רק על מלוה ולא על שומר ובשומר יש חיוב שבועה בין בטענת נאנסו בין בטענת להד"ם או החזרתי גם בלי הודאה במקצת. שיטת ר"ת שלרמב"י מן התורה אין חיוב שבועה בשומרים בלי הודאה במקצת בין בטענת נאנסו בין בטענת להד"ם או החזרתי. אלא דסגי בהודאה ונאנסו או הודאה ולהד"ם ולא כרב"ח שמצריך כפירה והודאה בהדי נאנסו. אלא שמדברנן מודה ר"ת שבנאנסו איכא שבועה בלי הודאה במקצת. שיטת ריב"א שלרמב"י בנאנסו לא בעינן הודאה ובטענת כפירה כגון להד"ם או החזרתי בעינן הודאה. ובדעת רמב"ח לכו"ע ליכא שבועה בנאנסו אא"כ איכא נמי הודאה וכפירה, ונחלקו התוס' כאן והתוס' בב"ק ק"ז. אי איכא שבועה בכפירה והודאה בלי נאנסו לרמב"ח או לא.

שיטת רש"י. התוס' בב"ק מקשים על שיטת רש"י דממה שאמרו כאן ולרמב"ח משמע דעד כאן קאי לרמב"י ומבואר דגם לדידיה בעינן רישא בב' וסיפא בג' כדי שיהיה הודאה במקצת ולא כרש"י דס"ל שלרמב"י לא בעינן הודאה כלל. אמנם רש"י לשיטתו מפרש דברי הגמ' כאן באופן אחר ממה שפרשו התוס' ולדבריו לא קשיא מה שהקשו התוס' שם על רש"י. ושיטת רש"י בזה נתבאר היטב בחי' הרמב"ן כאן. שמה שמבואר בגמ' שלרמב"ח דאמר ד' שומרים צריכים כפירה במקצת והודאה במקצת צריכים ברישא ג' פרות ובסיפא ד' פרות התוס' פרשו דהיינו משום דס"ל שאין שבועה אפי' כשיש הודאה וכפירה אא"כ יש גם נאנסו. ובב"ק התוס' הוכיחו מכמה משניות שגם לרמב"ח סגי בהודאה וכפירה בלי נאנסו, ורק בנאנסו ליכא שבועה בלי הודאה וכפירה. אך כאן הקשו התוס' דאם נאמר כן לא מובן למה לרמב"ח צריך ג' וד' פרות, וע"כ שגם בכפירה והודאה ליכא שבועה בלי נאנסו. אבל רש"י מפרש באופן אחר ממה שלרמב"ח צריך ג' וד' פרות. דלעולם לרמב"ח יש שבועה בהודאה וכפירה גם בלי נאנסו כמו שמוכח בכמה משניות, ומה שהגמ' מביאה מרמב"ח הוא דמזה דס"ל שבנאנסו והודאה ליכא שבועה בלי

כפירה מוכח דס"ל שכדי לחייב שבועה כמודה במקצת בעינן כפירה גמורה, ונאנסו אינו כפירה גמורה. וכמו שנאנסו שאינו כפירה גמורה אינו מחייב שבועה כך טענת איני יודע אפי' שזה איני יודע של טענת כפירה כגון איני יודע אם הליתני או השאלתני אין זה כפירה לחייב שבועה. וזהו שכתב רש"י דרמב"ח פליג על רבא, דרבא ס"ל דסגי בכפירה של איני יודע ולא בעינן כפירה גמורה. משא"כ לתוס' אין שום סיבה לומר דרמב"ח לית ליה דרבא דרמב"ח איירי בפקדון ולא במלוה. אבל לרש"י רמב"ח חידש דין גם במלוה דבעינן כפירה גמורה. ולכן כאן שטענת הכפירה הוא איני יודע ליכא חיוב שבועה וליכא מתוך אא"כ יהיה עוד בהמה כדי שיהיה כפירה ודאית ואז יש חיוב שבועה ודין מתוך על החלק שאומר עליו איני יודע.

דהיינו שלרש"י יש ב' חידושים בדברי רמב"ח א.שד' שומרים צריכים הודאה במקצת. ב.שמודה במקצת צריך כפירה גמורה. וחידוש זה אינו שייך לשומרים דוקא אלא גם במלוה בעינן כפירה גמורה. וכשם שטענת נאנסו אינה כפירה גמורה ואינה מחייבת שבועה כך איני יודע אינה כפירה גמורה ואינה מחייבת שבועה. ומה שלרמב"ח צריך כאן פרה נוספת אינו מחמת מה דס"ל ששומר צריך הודאה במקצת, דלזה סגי בהודאה וכפירה, אלא משום דס"ל דבעינן כפירה גמורה ואיני יודע אינו כפירה גמורה לכן בעינן כאן פרה נוספת כדי שיהיה כפירה ודאית חוץ מטענת איני יודע. וביאור המחלוקת אי בעינן כפירה גמורה או לא מבאר הרמב"ח דרבא ס"ל דלא בעינן כפירה כלל אלא כל שיש הודאה על מקצת מן התביעה זה מחייב שבועה על השאר גם אם אין בו דין כפירה. ורמב"ח ס"ל שכפירה הוא חלק מן המחייב ולכן בעינן כפירה גמורה ע"ש.

ולפ"ז לא קשיא מה שהקשו התוס' בב"ק מכאן על שיטת רש"י שם. דכיון שרש"י מפרש שיש ברמב"ח ב' חידושים אין הכרח שתחילת הגמ' היא כרחב"י. דלעולם לרחב"י לא בעינן כלל הודאה במקצת ואיכא עסק שבועה בלי להוסיף עוד פרה. ומה שאמרו רישא בב' וסיפא בג' הוא אליבא דמאן דלית ליה עירוב פרשיות וס"ל שגם בפקדון בעינן מודה במקצת. ולדידיה בעינן ברישא ב' פרות ובסיפא ג' פרות. וסגי ברישא בב' דסגי בהודאה וכפירה ואיני יודע הוי כפירה. ואח"כ אמרו דלרמב"ח דס"ל תרתי, דבעינן בפקדון הודאה במקצת, ובעינן נמי כפירה גמורה ולכן בנאנסו והודאה ליכא חיוב שבועה א"כ לדידיה אף דבכפירה והודאה סגי בלי נאנסו מ"מ בעינן כפירה ודאית אבל כשאומר על חלק הכפירה איני יודע אין זה כפירה גמורה וליכא חיוב שבועה, ולדידיה בעינן ברישא ג' פרות. וכן מפורש ברמב"ח שמשכסם את השיטות לפירוש רש"י כתב דאיכא מ"ד עירוב פרשיות, דהיינו רחב"י דס"ל שלא בעינן הודאה כלל בפקדון. ואיכא מ"ד דלית ליה עירוב פרשיות ולדידיה בעינן מודה במקצת וסגי בב' פרות, אחד של הודאה ואחד של איני יודע. ואיכא רמב"ח דס"ל דבעינן הודאה במקצת עם כפירה גמורה. ולדידיה בעינן ג' פרות מפני שאיני יודע אינו כפירה גמורה. ולרש"י שפיר איכא למימר דלרמב"ח רק בנאנסו בעינן כפירה והודאה אבל כשיש כפירה והודאה לא בעינן נאנסו כמו שהוכיחו התוס' בב"ק מכמה משניות. ומה שהתוס' כאן הקשו ע"ז מהא דבעינן ג' פרות לרמב"ח לרש"י לא קשיא דמה שצריך ג' פרות לרמב"ח הוא לא משום דבעינן נאנסו עם כפירה והודאה, שאם היה טוען בודאות שכורה מתה היה סגי בב' פרות אלא כיון שטוען איני יודע אם שכורה מתה או לא בעינן עוד פרה של כפירה ודאית מפני שאיני יודע אינו כפירה גמורה.

המהרש"א כתב לישב קושיית התוס' בב"ק על שיטת רש"י באופן אחר. דלעולם תחילת הגמ' קאי כרחב"י ולדידיה שיטת רש"י דלא בעינן הודאה כלל אבל זה דוקא היכא דאיכא כפירה גמורה. אבל הכא שטענת הכפירה היא איני יודע כמו שלרמב"ח אין זה כפירה גמורה כך לרחב"י אין זה כפירה גמורה, וכשהכפירה אינה גמורה גם לרש"י בעינן הודאה עם הכפירה. ואף דלרמב"ח אין איני יודע נחשב כפירה כלל ואינו מחייב שבועה אפי' עם הודאה, כונת המהרש"א דרחב"י ס"ל כוונתה רק בעיקר הסברא דאיני יודע אינו כפירה גמורה, וסובר רחב"י דהיכא דאיכא כפירה גמורה לא בעינן הודאה וכשאין כפירה גמורה אין חיוב שבועה אא"כ יש הודאה עם הכפירה. ולכן כאן שאומר איני יודע בעינן עוד פרה של הודאה גם לשיטת רש"י בדעת רחב"י. והביאור בזה הוא ע"פ סברת הרמב"ח הנ"ל דהיכא דאיכא הודאה והודאה היא סיבה לחיוב שבועה על השאר ובה לא בעינן כפירה גמורה. אבל כשאין הודאה המחייב הוא הכפירה ובה בעינן כפירה גמורה.

הקצה"ח בס' ש"מ סק"ד מאריך בענין שומר שטוען איני יודע אם נאנסו או לא אם חייב מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם או לא. קרוב לסוף דבריו כתב שנראה עוד טעם דלא אמרינן מתוך בשומר שטוען איני יודע ע"פ דברי רש"י דאיני יודע לא חשיב כפירה. ומביא הקצות ע"ז את לשון רש"י בדברי רמב"ח ומסיים בזה"ל מבואר משיטת רש"י דהא דבני' ידענא ונ' לא ידענא אמרינן משאיל"מ היינו משום דהודאה שלו מחייבו שבועה וכיון שטוען על השאר איני יודע ה"ל משואיל"מ וא"כ בשבועת השומרים דהוא בלא הודאה כשטוען איני יודע לאו מחויב שבועה הוא כלל עכ"ל. ולכאורה דברי הקצות אינם מובנים שמביא מדברי רש"י שגם לרבא איני יודע אינו נחשב כפירה ומה שני' ידענא ונ' לא ידענא חייב היינו רק משום דאיכא בזה הודאה אבל היכא דכל חיוב השבועה הוא מחמת הכפירה מודה רבא דאיני יודע אינו כפירה ואינו מחייב שבועה. ודבר זה אינו מבואר ברש"י אלא במהרש"א. אך הביאור בדברי הקצות הוא ע"פ מה שמבואר ברמב"ח כאן דיסוד המחלוקת בין רמב"ח לרבא לשיטת רש"י אינו אם איני יודע הוי כפירה או לא, אלא לכו"ע אין זה נחשב כפירה. ומה שרבא מחייב שבועה בני' ידענא ונ' לא ידענא הוא משום דס"ל שהמחייב של שבועת מודה במקצת אינו הכפירה אלא ההודאה, וכל שיש הודאה בחלק מן התביעה יש חיוב שבועה על השאר גם אם אין דין כפירה על השאר. ורמב"ח ס"ל שהמחייב של שבועת מוב"מ הוא הודאה וכפירה, ולזה בעינן כפירה גמורה וכמו שנאנסו אינו כפירה גמורה כך איני יודע אינו כפירה גמורה. וא"כ יוצא מזה שבשבועת השומרים שחייבים בלי הודאה בודאי המחייב הוא כפירה ובה כפירה רבא דבעינן כפירה גמורה ואיני יודע אינו כפירה.

ד' שומרים צריכים הודאה וכפירה. הפנ"י בב"ק ק"ז מקשה לשיטת התוס' שם שגם לרמב"ח איכא שבועה בהודאה וכפירה בלי נאנסו א"כ מה החידוש בחיוב שבועת נאנסו הרי בל"ה נשבע על הכפירה ויכול לגלגל שבועת נאנסו. ותי' שלשיטת התוס' דא"א לגלגל כשהנתבע שמא או שאין מתוך על שבועת הגלגול א"כ איכא נ"מ מחיוב שבועת נאנסו לענין זה. וכבר עמדו הראשונים בשאלה זו הרמב"ח הריטב"א והראב"ד ותיר"פ והובאו דבריהם בשיטמ"ק לעיל ה. ותיר"פ שם תי' כתירוצו של הפנ"י. הריטב"א שם תי' דנ"מ היכא שאינו רוצה להשביעו על הפרה של כפירה וא"כ ליכא גלגול ואעפ"כ משביעו על הפרה של נאנסו. והראב"ד כתב דנ"מ היכא דמחל על פרת הכפירה. הרשב"א שמוכא בשיטה כאן צ"ח. ד"ה והרשב"א הקשה כתב על דברי הראב"ד דא"א לומר דאיירי במחל על פרת הכפירה שהרי לרמב"ח אינו חייב שבועת נאנסו אלא מדין גלגול וכי מדלית אותה של כפירה ה"ל כמי שלא כפר בה ואין כאן שבועה ע"ש. וביאור מחלוקת הראשונים בזה הוא דיש להסתפק במה דסבר רמב"ח דאין חיוב שבועת נאנסו אא"כ איכא הודאה וכפירה, אי בעינן שיהיה חיוב שבועה על הכפירה כדי שיתחייב שבועת נאנסו, והוי מעין גלגול, או שלא צריך שיהיה חיוב שבועה על הכפירה כדי להתחייב שבועה על נאנסו אלא דטענת נאנסו צריך שיהיה עמה גם טענת כפירה אבל כשיש אין שבועת נאנסו מכח שבועת הכפירה אלא דבר בפנ"ע. ונ"מ היכא שאין בטענה וכפירה ב' כסף

אלא רק בנאנסו איכא ב' כסף. שאם זה בגדר גלגול ליכא בזה שבועה על נאנסו אבל אם לא בעינן חיוב על הכפירה אלא טענת כפירה סגי במה שיש בנאנסו ב' כסף. ומדברי התוס' כאן דס"ל שלרמב"ח ליכא חיוב שבועה בהודאה וכפירה בלי נאנסו ע"כ שאין זה בגדר גלגול אלא שלא אלים כפירה של נאנסו לחייב שבועה אא"כ יש גם טענת כפירה אבל לא בעינן שיתחייב שבועה על טענת הכפירה. ונראה שבזה נחלקו הראשונים הנ"ל. שרק אי אמרינן שצריך שיתחייב שבועה על טענת הכפירה קשה קושיית הראשונים ת"ל מדין גלגול. וזה שתי' הראב"ד דלא בעינן חיוב שבועה בפועל אלא כל שיש טענת כפירה הנאנסו מחייב שבועה אף שלא התחייב שבועה על טענת הכפירה. ועיין לעיל ה': שכתבנו בס"ד להביא ראייה מדברי הגמ' שם שלרמב"ח ליכא חיוב שבועה על נאנסו אא"כ יש חיוב שבועה בפועל על טענת הכפירה ע"ש.

דף צח:

מה שטענו לא הודה לו. לרש"י אין שאלת הגמ' דאינו ממין הטענה כפשטות הלשון אלא שאין כאן הודאה במקצת שלמ"ד ברי ושמא ברי עדיף מתני' איירי בפרה אחת וליכא הודאה כלל. הרא"ש מביא שהראב"ד מפרש כפשוטו דאפי' בב' פרות שיש הודאה במקצת שהמפקיד תובע את השאלה שמתה ואת השכורה שנשארה בחיים, והשומר טוען שהשכורה מתה ואינו חייב על השכורה כלל והחיה היא השאלה, מ"מ אין הודאה זו מחייבת כיון שעל החי התביעה היא שהיא שכורה והוא מודה לו שהיא שאלה. וסובר הראב"ד ששאלה ושכירות הם שתי מינים שונים ואין ההודאה ממין הטענה. הראב"ד מביא ראייה לדבריו ממה שהוצרכו בתחילת הסוגיא להעמיד רישא בתרי וסיפא בתלת. וקשה אמאי בעינן כסיפא תלת הרי גם בתרי איכא הודאה במקצת שהשומר כופר את המתה ומודה בחיה. וכן מובא בשיטה כאן בד"ה והראב"ד ז"ל סובר. והיינו משום שהראב"ד ס"ל שגם בפקדון לא הוי הילך אא"כ הממון מזומן לפרעון אבל אם נמצא באגם אין זה הילך. ולכן קשיא ליה אמאי ליכא מודה במקצת בלי להוסיף עוד פרה, והוכיח מזה דשאלה ושכירות הם ב' מינים והוי טענו חטין והודה לו בשעורין. ולכן בעינן פרה שלישית. והרא"ש כאן וכן השיטה בשם בעה"מ חולקים וס"ל דלעולם שכירות ושאלה הם מין אחד ומה שצריך פרה שלישית הוא משום דבלי זה הוי הילך שפקדון הוי הילך אפי' אם נמצא באגם. גם הנ"ל לעיל בריש פ"ק והר"ן בריש שבועת הדיינים ס"ל שפקדון נחשב הילך אפי' נמצא באגם. אבל המ"מ בפ"ג מט"ו הט"ו כתב שהרמב"ם ס"ל בזה כראב"ד שגם פקדון אינו הילך אא"כ מזומן להחזיר מיד ולא כשנמצא באגם.

הראב"ד אחרי שמוכיח ששאלה ושכירות הם ב' מינים כתב שא"כ גם מלוה ופקדון הם ב' מינים. ומה"ט כתב שאם תובע מלוה ופקדון והנתבע מודה לו באחד מהם ליכא חיוב שבועה. ותמה ע"ז הרמב"ן דאפי' אם מלוה ופקדון הם ב' מינים מ"מ בכה"ג שתובע את שניהם איכא חיוב שבועה דקי"ל טענו חטין ושעורין והודה לו באחד מהם חייב. ורק בתובע מנה מלוה ומודה בנ' פקדון אין חיוב שבועה דהוי טענו חטין והודה בשעורין. ועוד כתב הרמב"ן דאף שלענין מלוה ופקדון נראין דברי הראב"ד דהוי ב' מינים, לגבי שאלה ושכירות אין דבריו נראין דשאלה ושכירות הם שנים בקנינים ואין ביניהם אלא שזה בשכר וזה בחנם ואין זה סיבה שיחשבו ב' מינים. הרמב"ם בפ"ג מט"ו הי"ד כתב שמלוה ופקדון נחשבים מין אחד והתובע מנה מלוה וחברו מודה בנ' פקדון חייב שבועה. הראב"ד גם שם חולק וכתב שהם שני מינים ואפי' תובע שניהם ומודה באחד מהם פטור. כ"ז הובא ברא"ש כאן ע"ש. נמצא ג' שיטות לענין מלוה ופקדון. א. הרמב"ם ס"ל דהוי מין אחד ממש ואפי' טענו מלוה ומודה בפקדון חייב. ב. הרמב"ן ס"ל שהם ב' מינים כחטין ושעורין, ואם תובע אחד וחברו מודה בשני פטור, ואם תובע שניהם ומודה באחד חייב כדן טענו חטין ושעורין והודה באחד מהם. ג. הראב"ד ס"ל שמלוה ופקדון נחשבים ב' דברים יותר מחטין ושעורין, דחטין ושעורין נחשבים ב' מינים רק לגבי טענו חטין והודה בשעורין שאין ההודאה ממין הטענה אבל כשתובע את שניהם ומודה באחד חייב שגם חטין ושעורין יכולים ליחשב תביעה אחת. אבל מלוה ופקדון לדעת הראב"ד אינם נחשבים תביעה אחת ואפי' תובע את שניהם ומודה באחד מהם ליכא חיוב שבועה. דהיינו שלרמב"ם מלוה ופקדון עדיף מחטין ושעורין, ולראב"ד מלוה ופקדון גרע מחטין ושעורין. כך מבאר הב"ב בס' פ"ח אות כ"א בשם תלמיד הרשב"א את שיטת הראב"ד, והובא בלח"מ פ"ג מט"ו הי"ד, ועל דרך זה כתב גם השיטה כאן בשם הר"ן.

הרמב"ן מקשה על מה שכתב הראב"ד ששאלה ושכירות הם ב' מינים שא"כ יפטר משבועת נאנסו על השכורה כדן טענו חטין והודה בשעורין דפטור אפי' מדמי שעורין. עיין מה שכתב בזה השיטה כאן בשם הרשב"א והקצה"ח בס' פ"ח סק"ז.

אמר עולא ע"י גלגול. רע"א מקשה אמאי נשבע על מה שטוען ששכורה מתה מכח גלגול הרי על טענה זו יש לו מגו דלהד"ם. ומה שכל שומר שטוען נאנסו אינו נאמן במגו דלהד"ם כתבו הראשונים בשבועות מ"ו: דהוי מגו דהעזה, שבטענת נאנסו המפקיד אינו מכיר בשקרו ובטענת להד"ם הוא מכיר בשקרו. אבל הכא שטוען שכורה מתה המפקיד מכיר בשקרו ובל"ה הוא מעיז א"כ יכול נמי לומר להד"ם. ומוכיח מזה רע"א שאם על עיקר השבועה ליכא מגו לא מהני מגו על טענת הגלגול דכל שנשאר שבועת העיקר איכא גלגול. ורע"א מקשה מזה על התוס' שהקשו לעיל שבכל גלגול יפטר הנתבע במגו דאיני יודע. ולעיל צ"ז. כתבנו שאפי' למה שרע"א מחדש דלא מהני מגו על שבועת הגלגול היינו רק דכיון דסו"ס נשבע את העיקר מגלגלים אבל אין הגלגול הזה כשאר גלגול שהוא חיוב שבועה כמו שנתבאר לעיל שאפי' כשאנו נשבע על העיקר איכא גלגול, דהיכא דאיכא מגו המגו פטור מחיוב שבועת הגלגול ונשאר רק הדין שאפשר להשביע על הגלגול אגב העיקר, אבל בזה יש גלגול רק אם בפועל הוא נשבע על העיקר. ויתכן שלפ"ז יש לישב מה שהקשו התוס' והראשונים לעיל למה צריך להעמיד כגון שיש עסק שבועה ביניהם הרי בל"ה איכא שבועת נאנסו ויגלגל ששכורה מתה ויהיה מתוך על שבועת הגלגול. ולרע"א י"ל דכיון שאם היה טוען ברי ששכורה מתה היה לו מגו אף שלא היה נפטר בזה מהגלגול מ"מ הגלגול כבר אינו בגדר חיוב וכזה ליכא מתוך על שבועת הגלגול אפי' אם בעלמא איכא מתוך על שבועת הגלגול זה רק כשהגלגול הוא חיוב ולא כשיש עליו מגו. ואף שעכשיו שאומר איני יודע לית ליה מגו מ"מ ליכא מתוך באיני יודע אלא כשהיה חיוב אם היה כפירה ודאית. וכעין זה כתב הנתיבות בס' ע"ה סק"א על שאלה אחרת יעו"ש.

שאלה בבעלים שכרה שלא בבעלים. פרש"י שקודם שהחזירה חזר ושכרה מיניה. היינו שהשכירות התחיל לפני שנגמר השאלה שאם נגמר השאלה לפני תחילת השכירות פשוט שפסק הבעלי עמו כמבואר בריטב"א. אך משמע בלשון פרש"י שרק תחילת השכירות היה לפני גמר השאלה אבל המשך זמן השכירות הוא אחרי גמר זמן השאלה ואעפ"כ יש צד שונים את השכירות כהמשך השאלה נמשך הפטור של בעליו עמו. וזה דלא כמבואר בשיטה בד"ה שאלה בבעלים שהספק הוא באופן שכל ימי השכירות מובלעים בזמן השאלה הראשונה, אבל אם נמשך השכירות אחר גמר זמן השאלה זה דבר חדש ובודאי שאין

בזה פטור של בעליו עמו. ולדברי השיטה אין מקום לקושי התוס' בד"ה שאלה מדף צ"ו: דשאני התם שהשכירות השניה נמשך אחר גמר הראשונה. וא"כ מדברי התוס' שהקשו משם מוכח דס"ל בזה כרש"י. ועיין בשיטמ"ק בשם הראב"ד שכתב על קושי התוס' דהספק כאן הוא רק דומיא דמתני' דלעיל שבתחילת השאלה הוא שאל ל' יום ושכר ל' יום. בזה יש צד לומר שזה הפקדה אחת שחציה שאלה וחציה שכירות ותחילתו היה בבעליו עמו. אבל היכא שאחר השאלה שכר לזמן נוסף בודאי אין זה מחמת משיכה ראשונה ולא נמשך הפטור של בעליו עמו. דהיינו שיש ג' דרכים בביאור הספק א. לרש"י ותוס' השכירות מתחיל לפני גמר השאלה ונמשך אחר גמר השאלה. ב. לראב"ד מלכתחילה היה שאלה ל' יום ושכירות ל' יום. ג. לשיטה השכירות התחיל בתוך ימי השאלה וכולו מובלע בימי השאלה.

תוד"ה שאלה בבעלים. כתבו דמשמע שאם שכרה בבעלים וחזר ושכרה שלא בבעלים פשוט שנמשך הפטור של בעליו עמו. יש להסתפק בכונת התוס' אם כונתם לומר ששכירות ושכירות הוא חדא מילתא ממש והוי כשכירות אחד ולא צריך להגיע בזה למישך שייכי, או דלמא אין זה דבר אחד אלא כמו שיש צד ששכירות ושאלה מישך שייכי כך בשכירות ושכירות פשוט שמישך שייכי. והנ"מ יהיה לפי מה שכתבו בד"ה ה"ג דיש צד לומר דתרי שייכי לא אמרינן מה יהיה הדין בשכירות בבעלים וחזר ושכר שלא בבעלים ושוב חזר ושכר שלא בבעלים. שאם שכירות ושכירות הוא חדא מילתא גם בזה ימשך הפטור של בעליו עמו, אבל אם אין זה חדא מילתא אלא שכרה פשוט שאומרים מישך שייכי יתכן שגם בזה נימא דתרי שייכי לא אמרינן. ועיין בהגהות אשרי שמתפק כעין זה בשכרה בבעלים וחזר ושאלה שלא בבעלים וחזר ושאלה חדא מילתא ואין זה תרי שייכי. ומה שהג"א מסתפק באופן זה ולא בג' שכירות תרי שייכי לא אמרינן או דלמא שאלה ושאלה חדא מילתא ואין זה תרי שייכי אמרינן או לא כדמשמע בתוס' אלא פשיטא ליה הוא משום דאינו מפרש הספק של הגמ' בשאלה שכירות ושאלה אי תרי שייכי אמרינן או לא כדמשמע בתוס' אלא פשיטא ליה דתרי שייכי לא אמרינן והספק הוא רק משום שהתחיל בשאלה וסיים בשאלה יש צד לומר דחזרה שאלה לדוכתא. אבל באופן שהיה שכירות שאלה ושאלה אין מעלה של חזרה שאלה לדוכתא שהתחיל בשכירות וסיים בשאלה, וא"כ בזה אי אמרינן דשאלה ושאלה אינם דבר אחד ממש יהיה הדין דתרי שייכי לא אמרינן ולא יהיה תלוי בספק של הגמ'. אבל לצד של הגמ' שלא אמרינן תרי שייכי אפי' במקום שחזר למילתא קמייתא א"כ הספק של ההג"א יהיה אפי' בג' פעמים שכירות.

שמעתי משמיה דהגר"ח זצ"ל שהסתפק אי איכא פטור דבעליו עמו בשומר אבידה כשהיה בעליו עמו בשעת מציאת האבידה ולא אח"כ. וצד הספק היה דבשומר אבידה יש כל רגע סיבה חדשה לחיוב שמירה שכל זמן שזה אבוד מן הבעלים החיוב השבת אבידה מחייב שמירה. וא"כ אין השמירה ברגע זה מחמת תחילת לקיחת הממון ועל החיוב שמירה של רגע זה ליכא בעליו עמו. והאור שמח השיב בזה לגר"ח דאפי' נימא שכל רגע הוי שמירה חדשה מ"מ מישך שייכי מיהא איכא ונמשך הפטור של בעליו עמו מהשמירה הראשונה. ויש להעיר בזה שאם כל רגע יש סיבה חדשה אין זה כשכירות אחר שכירות אלא כג' פעמים שכירות ויותר. ובשלמא לצד של ההג"א דשכירות ושכירות הוי חדא מילתא א"כ אפי' בג' שכירות נמשך הפטור של בעליו עמו. אבל לצד שבי' שכירות אינם דבר אחד אלא מדין מישך שייכי א"כ בג' שכירות יש צד לומר דתרי שייכי לא אמרינן וא"כ אין זה פשוט שבשומר אבידה יהיה מישך שייכי.

וא"ת דאמרינן לעיל וכו'. הובא לעיל מה שכתב הראב"ד לישב קושי התוס'. ומה שתרצו התוס' דגזה"כ דכל היכא דאיכא בעלים או בראשונה או בשניה פטור, לשון הריטב"א הוא דהתם מפני שבאחרונה היה לפטורה ובראשונה לחיוב דאנן סהדי דכי הדר שאלה או אגרא בבתרייתא שהיא בבעלים לפטור מחיובו הראשון בא, אבל הכא שמתחילה היתה בפטור ובאחרונה היתה בחיוב מספקא לן דדילמא אין דעתו לעקור פטור שלו אלא שתהא זו האחרונה על תנאי הראשונה שתהא נפטור כבתחילה וכאילו כולה חדא היא עכ"ל. מבואר דס"ל דאינו גזה"כ כמש"כ התוס' אלא שתלוי בדעתו לקבוע אם יהיה כהמשך השמירה הראשונה או כדבר חדש ולכן יש צד לומר דאזלינן תמיד לקולא.

המהרש"א כתב על דברי התוס' דהיכא שהבעליו עמו הוא בראשון פשוט שנמשך הפטור לשני כששניהם שוים כגון שכירות ושכירות, והגמ' מסופקת בשכירות ושאלה. אבל כשהבעליו עמו הוא בשני מבואר לעיל שהשני נחשב כדבר חדש ויש בו פטור של בעליו עמו משום דכדי לפטור את השני לא רואים אותו כהמשך של הראשון אף ששניהם שוים. ומה"ט כתב המהרש"א דכ"ש אם אינם שוים כגון שכירות ואח"כ שאלה ויהיה בעליו עמו בשני שיהיה בו פטור של בעליו עמו. ויש לעיין בזה בדברי השיטה בשם הרא"ש שכתב על קושי התוס' מלעיל צ"ו: דגזה"כ להקל על השומרים ומוסיף הרא"ש וז"ל ופשיטא ליה לבעל התלמוד כשהראשון והאחרון בענין אחד איזה מהם שהוא בבעלים שניהם פטורים ומיבעיא ליה כשהם בשני ענינים עכ"ל. ומבואר בדבריו שמה שלעיל פשיטא ליה שיש פטור של בעליו עמו כשהראשון היה שלא בבעלים והשני בבעלים הוא לא כמו שכתב המהרש"א משום שהשני נחשב לגבי זה לדבר חדש אלא כיון ששניהם שוים זה נחשב המשך וכל שיש פטור של בעליו עמו באחד מהם זה פטור את שניהם. ומשמע שאם לא יהיו שוים ויהיה בעליו עמו בשני לא פשוט שיהיה בו פטור של בעליו עמו. והסברא בזה צ"ב דלכאורה פשוט כמהרש"א. ועוד צ"ב מה שמשמע ברא"ש שאם שניהם שוים והשני בעליו עמו זה גורם פטור גם לראשון. ואינו מובן איך יהיה דין בעליו עמו למפרע. ועוד שמה שניזוק בראשון לא הגיע לשני וצ"ע.

שאלה שכרה ושאלה. שיטת רש"י שהספק הג' והד' הם על הצד שלא אמרינן מדשייכא במקצת שייכא בכולה ואעפ"כ יש צד לומר דכיון שהתחילה והסוף שוים הדרא למילתא קמייתא. והקשו התוס' דלא מובן לפי רש"י הספק הד' שהרי כשעבר משכירות לשאלה כבר פסק הפטור של בעליו עמו כיון דלא אמרינן מדשייכא במקצת שייכא בכולה, וא"כ איך יחזור הפטור של בעליו עמו למקומו כשהיות שכירות. וכתב ע"ז הרש"ש שמבואר בלשון רש"י שמה שלא אמרינן מדשייכא במקצת שייכא בכולה הוא רק לענין שלא יהיה פטור בעליו עמו לגבי החיוב אונסין של שואל שזה התחיל בשאלה ולא היה בשכירות. אבל לגבי הגניבה ואבידה של השואל שזה היה כבר בשכירות נמשך הפטור של בעליו עמו. ולכן יש צד שגם בשכירות שאלה שכירות ימשך הפטור לשכירות האחרונה כיון שאין בשכירות אלא גו"א ולענין זה מעולם לא פסק הבעליו עמו. אך א"כ קשיא איפכא איזה צד יש לומר שלא יהיה בעליו עמו כיון שאין סיבה שיפסק לא כשעובר משכירות לשאלה ולא כשעובר משאלה לשכירות. ומה שכתב הרש"ש שהצד שלא יהיה בעליו עמו הוא דתרי שייכי לא אמרינן ברש"י מוכח דלא ס"ל סברא זו שלכן מחק גרסת הספרים את"ל אמרינן שהיה קשה לו מה הצד שלא ימשך הפטור. וכן מפורש בתוס' דברש"י מוכח דלית ליה סברת תרי שייכי לא אמרינן. ועיין בשיטמ"ק ד"ה שאלה בבעלים שהיה לו צד לומר שמה שלא אמרינן מדשייכא במקצת שייכא בכולה הוא רק לגבי אונסין דשואל ולא לגבי גו"א, וחזר מזה דא"כ מה הספק בשכרה שאלה ושכרה. ומוכיח מזה השיטה דאם לא אמרינן מדשייכא במקצת שייכא בכולה נחשב כל השאלה כפנים חדשות ואין בו פטור של בעליו עמו אפי' לענין גו"א.

לענין הלכה. לראשונים דס"ל דקי"ל כאת"ל הספק הראשון נפשט דאיכא פטור בעליו עמו בשאלה ואח"כ שכירות. לגבי שכירות ואח"כ שאלה לרש"י קי"ל דלא אמרין מדשייכא במקצת שייכא בכולה, ולתוס' קי"ל דאמרין. הרמב"ם פסק שהספק השני נשאר ספק דס"ל שספק הג' והד' אינם באת"ל של השני כלל כמש"כ בהגהות הגר"א שהרמב"ם לא גרס בזה את"ל דס"ל כרש"י שאפי' אי לא אמרין מדשייכא במקצת שייכא בכולה יש צד שחזרה שאלה למקומה. וס"ל נמי בתוס' שאפי' אי אמרין מדשייכא במקצת שייכא בכולה יתכן שתרי שייכי לא אמרין. ושני הספיקות האחרונים לכו"ע נשארו בספק. ובאופנים דהוי ספק פסק הטור בס' שמ"ו שהשומר פטור מספק אבל אם תפס לא מפקינן מיניה. ואינו מוכן דבשאר מקומות פוסק הטור כשיטת הרא"ש דתקפו כהן מוציאים מידו ולמה פסק כאן דמהני תפיסה. ועיין בקונה"ס כלל ד' שמביא שנחלקו הרמב"ן והרא"ש בדעת הרי"ף אי מהני תפיסה בספיקא דדינא. הרא"ש ס"ל בדעת הרי"ף שרק בספק במציאות קי"ל דמוציאים מידו אבל בספק בדין מהני תפיסה. ובאותו ח' מביא הקונה"ס שהש"ך בתקפו כהן מחדש שמה שהרא"ש חולק בזה על הרי"ף הוא רק לענין קנס אבל בממון גם הרא"ש והטור ס"ל דמהני תפיסה בספיקא דדינא. ומביא שהש"ך כתב שמצאנו בשמונה מקומות שהטור פסק דמהני תפיסה בתיקו. ועיין בספר תקפו כהן ס' י"ט אות י' שאחד מהמקומות שמביא הוא דברי הטור בס' שמ"ו לענין הספיקות דסוגיין. ועיין מה שכתבנו עוד בענין זה לעיל פ"ט. בספק של פועל מהו שיהבהב וכדף צ"א: בפועל שעושה בגפן זה מהו שיאכל בגפן אחר.

אמר לו השואל שלחה לי. התוס' כאן כתבו שע"י אמירת שלח נעשה הממון באחריות השואל אפי' אם לא אמר כן השואל למשאל פה אל פה אלא כתב לו בכתב שלח לי. התוס' בב"ק ק"ד. לא ס"ל כן אלא דבעינן שיאמר כן בפניו דוקא. והיינו משום דאין בעצם האמירה של שלח קבלת אחריות דאפשר לפרש שלח על אחריות שלך. ורק כשטרח ואמר לו פה אל פה כלול בזה קבלת אחריות. וזה הפשט בכפילות בלשון המשנה כאן דאחר שכתוב שאם אמר השואל למשאל שלח ושלח אם מתה חייב השואל, כתוב שוב או שאמר המשאל הריני משלחה לך ביד בני וכו' ואמר לו השואל שלח ושלחה ומתה חייב. ומאי קמ"ל בזה ומה נ"מ מי פתח באמירה תחילה. אלא הביאור כנ"ל דעצם האמירה של שלח אינו מחייב קבלת אחריות אלא שתולים שכונתו בזה לקבל אחריות. וכמו שהתוס' בב"ק ס"ל שאם כתב לו כן בכתב לא כלול בזה קבלת אחריות כך היה מקום לומר שאם אינו אלא כמסכים לדברי המשאל ולא אמר כן מעצמו לא כלול בזה קבלת אחריות.

התוס' בב"ק מביאים ראייה שלא מהני שלח מהא דאיתא התם דליכא תקנתא ליפטור מאחריות כששולח ע"י אחר אלא ע"י כתיבת התקבלת, ואמאי לא אמרו שיאמר שלח אלא מוכח דשלא בפניו לא מהני שלח. התוס' כאן דחו ראייה זו דעצה ליפטור מאחריות איכא טובא אלא שרצו עצה שיועיל לפטור את הנותן אפי' אם ימות המקבל לפני קבלת השליח. ולזה בעינן דוקא הרשאה עם קנין אגב אסיפא דביתיה. וממה שהתוס' בב"ק לא דחו כמו שדחו כאן כתב הגאון בס' ש"מ סק"כ דמשמע דס"ל דשלח מהני אפי' היכא דמת המקבל לפני קבלת השליח. והמרדכי שהובא ברמ"א בס' ש"מ סע' ח' מסתפק אי מהני שלח כשמת המקבל, והגאון שם כתב דפליגי בזה התוס' בב"ק והתוס' כאן. ומה שיש צד לומר שאפי' במת המקבל מהני שלח אף דבטלה השליחות עיין בנתיבות ס' קכ"ב סק"ג שכתב שתלוי אם מה שמתחייב באחריות ע"י אמירת שלח הוא מדין שליחות או מדין ערב שאם זה שליחות בודאי שבמת בטל השליחות, אבל אם זה מדין ערב כשאומר תן לפלוני מנה ואני אתחייב לך אפי' שנתן אחרי מיתת הערב, אם הנותן לא ידע שמת ונתן מחמת אמירתו, הרי הערב חייב דהוי כנתחייב מעכשיו אם יוציא ממון על פיו. וזה חידוש גדול שחל חיוב על הערב אפי' שמת לפני ההלואה.

ביד בנך ביד שלוחך. מבואר במשנה שאם אמר השואל שלח ושלח המשאל ע"י בנו או ע"י שלוחו של המשאל מתחייב השואל ע"י משיכת השליח. והקשו הראשונים במה נתחייב השואל במשיכתם של אלו הרי הם שלוחים של המשאל ולא של השואל. וכמה דרכים נאמרו בזה. א. השיטה בשם הראב"ד כתב שכשאומר השואל למשאל שלח ביד בנך זה כאילו אמר לו אמור לבנך בשמי שיביאנה לי ואמר לו והוא קבל על עצמו להביא נמצא שהוא שלוחו של שואל שעשאו שליח ע"י בעל הפרה. דהיינו שהשואל בעצמו ממנה את בנו של המשאל לשלוחו דמינוי שליחות יכול להיות שלא בפניו והמשאל מודיע לשלוחו שהשואל עשאו שליח. או שהשואל עושה את המשאל שליח למנות את בנו של המשאל לשלוחו של השואל והוי כאומר אמרו שאין בו חסרון של מילי. ב. עוד כתב הנ"ל שאין חיובו של השואל מדין שליחות אלא מדין ערב. שכשאומר השואל למשאל שלח הרי הוא כאומר זרוק מנה לים ואתחייב לך מנה. כך כשמוציא המשאל הממון מרשותו ע"פ בקשת השואל זה משעבד את השואל, ואין חיובו מדין שומר אלא מדין ערב. ג. הראב"ד כתב עוד ששלוחו של המשאל נעשה שלוחו של השואל בלי מינוי שליחות מדין זכין לאדם שלא בפניו. וז"ל ע"כ אני אומר כי הוא ע"י זיכוי שיאמר להם המשאל זכו לפלוני לשאלה כי כן רצה שתזכו לו והם כיון שקבלו אותה לשום זיכוי כבר נעשו שלוחי השואל וידם כידו הואיל ומדעתו היו ואע"פ שיש לו בזה הזיכוי ענין צד חובה להתחייב באונסיה ובמזונותיה מיד לפי שחבין לו לאדם שלא בפניו מדעתו עכ"ל.

בדברי הראב"ד יש ב' חידושים. א. שיש דין זכין גם בדבר שמצד עצמו אינו זכות כיון שגילה דעתו שניחא זה נהפך לזכות ונכלל בחידוש של זכין. ב. אף שגילה דעתו דניחא ליה מ"מ שמא חזר בו אח"כ כמבואר בירושלמי שמובא בר"ן בגיטין ריש פרק האומר ובנ"י ביבמות ק"ח: דאין מזכין גט לאשה אפי' צווחת שרוצה להתגרש דחיישנן שמא חזרה בה. ועיין בב"י אבה"ע ס' ק"מ ד"ה ומדברי שגם אם אחר הזיכוי שוב צווחת שניחא לה לא מהני דאכתי אין ראייה שבזמן הזיכוי היה ניחא לה. וכתב הב"י דאפשר שאם בשעת הזיכוי ממש היתה צווחת מהני. מה שכתב הב"י בלשון אפשר הוא משום דיש להסתפק במה שמבואר בירושלמי שחוששים שמא חזרה בה אם הפשט כפשטו שיש חשש שמא חזרה ממש. או שהכונה שמא חזרה אינו חשש אלא הכונה שאף שהיתה צווחת אין זה נהפך לזכות וענין החזרה הוא רק סימנא בעלמא דהוי חוב ומה שצווחת זה רק ריצוי זמני ואין זה הופך את החוב לזכות. ולכן יש צד לב"י לומר שאפי' אם ידוע שהיה ניחא לה בשעת הזיכוי אכתי אין בזה דין זכין. ומדברי הראב"ד מוכח שע"י הגילוי שניחא ליה זה נעשה זכות, וכן מוכח דלא חיישנן לחזרה. ואולי יש לחלק בענין זה בין שאלה שעיקרו זכות אלא שיש בו צד חובה לגט שזה עיקרו חובה [עיין בחי' האור שמח כאן בזה]. אך לשון הראב"ד שחבין לאדם שלא בפניו במדעתו משמע דאף דהוי חובה מהני בזה זכין אם ידוע דניחא ליה.

בקיודושין מ"ה: מבואר שאם הבן ארצויי ארצי קמיה אביו דניחא ליה באשה פלונית יכול אביו לקדשה לו. ורש"י שם מפרש דכיון דגילה דעתו דניחא ליה זה נעשה זכות ויכול האב לקדשה לו מדין זכין לאדם שלא בפניו אף שמצד עצמו זה חובה שנאסר בקרבותיה. והתוס' ר"ד שם כתב על פרש"י דאינו נראה דלא שייך בזה זכין כיון שאינו זכות. ויש לפרש כונת התוס' רי"ד דס"ל דלא נתחדש דין זכין בדבר שיש בו חוב אף שגילה דעתו דניחא ליה שהחידוש של זכין שנעשה שלוחו בלי מינוי

נאמר בזכות ולא בחוב אף שניחא ליה בחוב. וא"כ התור"ד חולק על חידושו הראשון של הראב"ד. ויש לפרש שכונתו שלא מהני בזה זכין דחיישינן שמה חזר בו כמבואר בירושלמי לגבי גט, וחולק על הראב"ד בחידושו השני. ושור"ר מה שכתב המחנ"א בענין זה בהל' זכיה ומתנה ס' י' יעו"ש.

דף צט.

יד עבד כיד רבו. ביאור קושית הגמ' תלוי בשיטות הראשונים שהובאו לעיל בביאור חיובו של השואל כשאומר שלח. לסוכרים שחיובו מדין ערב שאלת הגמ' היא שחיובו של ערב הוא מפני שהמלוה הוציא ממון מרשותו על פיו, והכא ליכא הוצאת ממון מרשות המשאל כיון שהממון עדיין נמצא ביד עבדו שהוא כידו. ותי' הגמ' דנעשה כאומר הכישה והיא תבא מבאר הריטב"א דאף שהממון נמצא ביד העבד ויד עבד כיד רבו כיון דרוב עבדים רשעים ואין להם ממון לשלם הרי זה כשולח לאיבוד ונחשב שהוציא המשאל ממון ע"פ בקשת השואל ומתחייב השואל עי"ז מדין ערב. וכתב הריטב"א שזה כונת רש"י שכתב דשעבד נפשיה משתצא מרשותו, שאין חיובו מדין שואל אלא שמשעבד עצמו מדין ערב. ולמסקנא דאייירי באומר הכישה ולא שנעשה כאומר מבאר הריטב"א שאינו מתחייב כשהעבד מוליך דאין זה נחשב הוצאה מרשותו, אלא איירי שאמר השואל למשאל אמור לעבדך שיכישנה ותבא. ושלח ביד עבדו אין הכונה שהעבד הולך עם הבהמה אלא שמכישו והיא הולכת מעצמה, וזה מחייב את השואל מדין ערב. אך ברש"י בד"ה לא תימא מפורש שגם למסקנא איירי ששלח עבדו עמו וכן מוכח בתוד"ה באומר שגם למסקנא העבד מוליכו. וצ"ל שגם למסקנא כששולח עם עבדו זה נחשב שולח לאיבוד שסתם עבדים רשעים הם, וההבדל בין הה"א למסקנא הוא שלה"א כשאומר שלח ביד עבד זה נחשב כאומר לשלוח לאיבוד ומונה בזה שמשעבד עצמו. ולמסקנא לא כלול בזה שמשעבד עצמו אא"כ אמר הכישה והיא תבא, שבוזה ודאי כונתו לשעבד עצמו ואף ששלח ע"י עבדו הוא מתחייב בזה.

לראשונים שפרשו במשנה שהחיוב הוא מדין שליחות על המשיכה ולא מדין ערב צריך להבין שאלת הגמ' יד עבד כיד רבו מה חסרון במשיכת עבדו של המשאל בשביל השואל. ולכאורה צ"ל שהגמ' סברה שאין המשאל יכול להיות שליח לעשות קנין בשביל השואל דמעשה קנין של המקנה לא מהני לקונה ולכן גם מעשה קנין של עבדו של המשאל שהוא כיד רבו לא מהני לשואל. ונחלקו בזה התוס' והריטב"א כמו שיבאר בסמוך בס"ד. אך א"כ לא מוכן תירוץ הגמ' נעשה כאומר לו הכישה והיא תבא. וי"ל דזה גופא תי' הגמ' שאין החיוב משום משיכה כדס"ד אלא מדין ערב ולגבי ערב אין חסרון במה שנשאר ביד עבדו דשולח ביד עבדו הוי כשולח לאיבוד כמו שביאר הריטב"א. ועיין לקמן על תוד"ה כיון שנתבאר שזה שיטת הרא"ש שמוכיח ששואל אינו צריך משיכה כדי להתחייב מדברי רב שמחייב בהכישה והיא תבא וס"ל דקי"ל כרב. ומבואר דס"ל שלשמואל בעינן משיכה ורב חידש שמתחייב ע"י הוצאה מרשותו בלי משיכה. אך בתוד"ה כיון מבואר דס"ל שגם למסקנא החיוב הוא מדין שליחות שכתבו דאייירי שהכישה והלכה בסימטא שהוא מקום הראוי למשיכה וס"ל דמהני משיכת המקנה לקונה. [אך לפי מה שיבאר לקמן בתוד"ה כיון דעת הגר"א הוא שהתוס' בתי' השני לא ס"ל כן אלא ס"ל כרא"ש שלשמואל החיוב הוא מדין משיכה ולרב החיוב מדין ערב אלא דס"ל דקי"ל כשמואל]. ולדבריהם צ"ב מה שאלת הגמ' יד עבד כיד רבו ומה התי' באומר הכישה. ואולי ס"ל איפכא ממה שכתבנו לעיל דבתחילה הגמ' למדה שהחיוב הוא מדין ערב. ועי"ז הקשו יד עבד כיד רבו ואין לחייב משום ערב כיון שאין הוצאה מרשות המשאל. ומשני דנעשה כאומר הכישה שאין החיוב מדין ערב אלא זה שליחות על משיכה והשואל מתחייב ע"י משיכת עבדו של המשאל שהוא שלוחו על המשיכה.

ועוד י"ל שלתוס' לא היה צד של ערב כלל אלא בין בה"א בין במסקנא החיוב הוא מצד שליחות על המשיכה. אך כבר נתבאר במשנה שאמירת שלח אינה בהכרח קבלת אחריות דאפשר לפרש שלח על אחריות המשאל והשואל יתחייב רק כשיגיע לרשותו. וכך באמת מפרשים שלח כשאינו אומר כן פה אל פה לשיטת התוס' בב"ק. ומה שאמרין שכלול באמירת שלח קבלת אחריות הוא רק כשהמשאל מוציא מרשותו ע"י השילוח בזה דעתו של השואל שאמר שלח לקבל אחריות. ועי"ז הגמ' שואלת יד עבד כיד רבו דאף שאין בזה שום חסרון במעשה קנין מ"מ אין אומדנא שרוצה להתחייב אלא כשמוציא הממון מרשותו ולא כשהממון ביד עבדו שהוא כידו. ומשני דנעשה כאומר הכישה וכיון שיש בזה משיכה הוא מתחייב בזה ואין חסרון במה שנשאר ביד עבדו. ובל"ה מבואר בהמשך הגמ' מהו דתימא לא סמכא דעתיה קמ"ל שגם לתוס' שאין החיוב מדין ערב אלא מדין שליחות על משיכה בעינן שיהיה סמכא דעתיה לקבל ע"ע חיוב אחריות ע"י משיכה זו. ולכן ס"ד דכל זמן שנמצא ביד עבדו של המשאל לא סמכא דעתיה להתחייב.

נמצא הדרכים בביאור דברי הגמ' א.הכל מדין ערב וס"ד שמה שנמצא ביד העבד מגרע דלא יצא מרשות המשאל. ומשני שאין זה חסרון שגם מה שביד עבד הוא כשולח לאיבוד. ולריטב"א למסקנא איירי שאמר למשאל שיאמר לעבד הכישה. ב.הכל מדין שליחות על משיכה ולא מדין ערב. וס"ד שלא סמכא דעתיה להתחייב באחריות ע"י משיכת השליח אף שאמר לו שלח אלא כשיוצא מרשות המשאל ולא כשנמצא ביד עבדו. ומשני שאין חסרון במה שנשאר ביד העבד. ג.ס"ד שהחיוב הוא מדין משיכה ויש חסרון במשיכה של המקנה בשביל הקונה, ולכן יש גם חסרון במשיכה של עבדו של המקנה שידו כיד רבו. ומשני שאין החיוב מדין משיכה אלא מדין ערב ולגבי זה אין חסרון במה שנמצא ביד העבד שמה שנמצא ביד עבד נחשב כשולח לאיבוד. ד.ס"ד שהחיוב הוא מדין ערב ובוזה יש חסרון במה שנמצא ביד עבד שאין הוצאת ממון מרשות המשאל. ומשני שאין החיוב משום ערב אלא משום משיכה ובוזה ליכא חסרון במה שנמצא ביד העבד.

תוד"ה אמר שמואל. כתבו דקי"ל כתירוצו של שמואל דמתני' בעבד עברי ולא כרב דאמר הכישה במקל והיא תבא חייב. הרא"ש חולק וס"ל דקי"ל שגם בהכישה והיא תבא חייב. הגאון בס' ש"מ סקט"ז כתב שמה שנחלקו התוס' בד"ה כך תקנו והרא"ש אם שואל מתחייב דוקא ע"י משיכה או גם בלי משיכה ע"י שמסתלק המשאל משמירת ממונו תלוי במה שנחלקו כאן אי קי"ל כרב או לא ויבאר בס"ד לקמן.

תוד"ה באומר הכישה. הקשו כיון שעבדו של המשאל מוליך את הבהמה לשואל אמאי אין זה נחשב בעליו עמו, כדאיתא לעיל דהאומר לעבדו צא והשאל עם פרתי הוי בעליו עמו דיד עבד כיד רבו. וכתבו שרק במקום שהוא שיעבד עצמו ושולח את העבד במקומו הוי בעליו עמו משא"כ היכא דשולח את העבד הוי ליה כשואל שתי בהמות. הגאון בס' ש"מ סק"י כתב שמדברי הרמב"ם בפ"ב משאלה ה"ה משמע דלא ס"ל כתי' התוס'. ומוסיף הגאון דלדעת הרמב"ם י"ל שזה גופא שאלת הגמ' יד עבד כיד רבו דכיון שהעבד מוליך לשואל את הבהמה זה בעליו עמו ואמאי חייב השואל. ומשני שמואל בעבד עברי.

וכתב הגאון שזה מקורו של הרמב"ם שפסק שבאומר לשלוחו צא והשאל עם פרחי ליכא פטור של בעליו עמו ורק בעבד כנעני שידו כיד רבו חשיב בעליו עמו. ועיין לעיל צ"ו. שכתבנו שמוכח מדברי הגאון דס"ל שרק בעבד כנעני יש דין זה ולא כמחנ"א שגם בפועל אמרינן יד פועל כיד בעה"ב ויהיה פטור של בעליו עמו. ולדבריו כ"ש שבעבד עברי יחשב בעליו עמו, ובגאון מבורר שזה תירוצו של שמואל דאיירי הכא בעבד עברי ואין בזה פטור של בעליו עמו.

ויש לעיין לדברי הגר"א שלומד בדעת הרמב"ם ששאלת הגמ' היא שיהיה פטור של בעליו עמו מה תירץ רב דאיירי באומר הכישה במקל והיא תבא. מה זה מישוב את השאלה של בעליו עמו. ונראה שהשיטה כתב בשם הר"ן לישב את קושיית התוס' אמאי ליכא הכא פטור של בעליו עמו ע"פ מה שמבאר שחיובו של השואל לפני שמגיע הפקדון לרשותו כשאומר למשאל שלח אינו מדין שואל אלא מדין ערב, ובערב ליכא פטור של בעליו עמו. ולדעת הגאון שאלת התוס' ותי' הר"ן זה גופא השאלה והתי' של רב. דבתחילה ס"ד שחיובו מדין שואל וע"ז הקשו יד עבד כיד רבו והוי בעליו עמו. ומשני שמואל בע"ע ואין ידו כיד רבו לענין בעליו עמו. ורב תירץ דאיירי באומר הכישה במקל והיא תבא וחיובו מדין ערב ולא מדין שואל ולכן אין בזה פטור של בעליו עמו. והתוס' שהקשו בעליו עמו היינו משום דס"ל שאין החיוב בהכישה מדין ערב אלא מדין משיכה כמבואר בדבריהם בד"ה כיון שכתבו דאיירי שהכישה במקום הראוי למשיכה. ומה שהעמידו קושייתם על דברי רב ולא הקשו על המשנה אמאי חייב השואל כשהמשאל שלח ביד עבדו ואינו פטור משום בעליו עמו לפי מה שכתבנו לעיל שבשאלת הגמ' החיוב הוא מדין ערב ורק בתי' של רב נתחדש שחייב מדין שואל ניהא. אך אין זה מוכרח ד"ל שעל המשנה לא הקשו משום דאפשר לפרש בעבד עברי ורק על רב שמפרש בעבד כנעני הקשו.

הראב"ד בשיטמ"ק סוף ד"ה השואל את הפרה כתב על שאלת התוס' דאין זה בעליו עמו מפני שהעבד אינו הולך בשליחות המשאל אלא בשליחות השואל ע"ש. נמצא ג' תירוצים על שאלת התוס'. א. לתוס' אין זה בעליו עמו שרק כשמעבד עצמו ושולח את העבד במקומו הוי בעליו עמו. ב. לר"ן אין זה בעליו עמו מפני שאין חיובו משום שואל אלא מדין ערב. ולגאון בדעת הרמב"ם זה תירוצו של רב. ג. לראב"ד אין זה בעליו עמו מפני שהעבד הוא שליח של השואל ולא של המשאל.

תוד"ה כיון. כתבו דאיירי שהכישה והלכה לסימטא שהוא מקום הראוי למשיכה. ומבואר דס"ל שאין החיוב מדין ערב אלא מדין משיכה. וכתב ע"ז הריטב"א דתמיהא מילתא איך מתחייב השואל ע"י הכשת המשאל הרי היא לא באה מחמת הקונה. דהיינו דפשיטא ליה לריטב"א שאין המשאל שהוא המקנה יכול להיות שליח של השואל שהוא הקונה לעשות מעשה קנין. ובדברי התוס' מבואר דס"ל שמה שאין המקנה יכול לזכות ממון שלו לאחר ע"י עצמו היינו רק כשמזכה ע"י ידו דיד המקנה לא יכול להיות קנין לקונה כיון שלא יצא מרשות המקנה. וכן אם ימשוך המקנה לרשותו זה לא יועיל לקונה, אף ששליח אחר יכול לקנות לקונה ע"י הכנסה לרשות שלו, אבל כשמשוך המוכר לרשות הקונה או כסימטא לצורך הקונה מהני המשיכה לקנות לקונה אף שהמעשה נעשה ע"י המוכר. ונתבאר לעיל פ: שכן דעת הראב"ד שם שכתב שבהנה לפני איכא משיכה לחייב את השומר מפני שהמפקיד הוא שלוחו של השומר על מעשה המשיכה ע"ש. ולעיל פ: הובא שהפ"ת ס' ר' סק"ה כתב בשם המבי"ט דמהני מעשה קנין של המקנה בשליחות הקונה. ומביא הפ"ת שהשעה"מ מקשה על המבי"ט שדבריו תלויים במחלוקת הריטב"א והראב"ד.

ע"פ דברי התוס' והראב"ד יש לבאר דברי הסמ"ע בס' קצ"ו סק"ה. דאיתא התם בשו"ע סע' ה' דבעבד גדול לא מהני קורא לו והוא בא כיון דאזיל אדעתא דנפשיה אבל בעבד קטן מהני קורא לו והוא בא כמבואר בקידושין כ"ב: וכתב הסמ"ע דבעבד קטן מהני נמי כשרבו הראשון אומר לו לך אצל הקונה. ותמיהו ע"ז הקצה"ח סק"א והנתיבות סק"ג דבעינן משיכה של הקונה ומה מועיל זה שהלך מחמת המוכר. אמנם כדברי הסמ"ע מבואר בלשון השו"ע שם, ומקורו מלשון הרמב"ם, שעל עבד גדול כתבו בזה"ל אבל אם קראו ובא אצלו או שאמר לו רבו הראשון לך אצל הלוקח והלך אצלו לא קנה עכ"ל. ומשמע שאם היה הולך מחמת אמירתו היה מועיל גם אמירת המקנה, וזה כדברי הסמ"ע. וי"ל דכונת הסמ"ע שאם אמר הקונה למוכר שיאמר המוכר לעבד הקטן לבא אצלו ואומר המוכר כן לעבד בשליחות הקונה הרי זה כמשיכת המקנה בשביל הקונה דמהני לראב"ד ולתוס'.

עוד י"ל דהכא מיירי וכו'. התוס' בתי' השני כתבו דאף דלגבי קנין לא מהני משיכה ברה"ר, בשואל שאין קנינו אלא לענין חיוב אונסין מהני משיכה ברה"ר. במה שנחלקו ב' תירוצי התוס' כאן אי מהני משיכה ברה"ר לחיוב אונסין נחלקו ר"י וריצב"א בתוס' בכתובות ל"א: בהא דסובר רבינא שם דמהני משיכה של גנב ברה"ר לחייבו באונסין. ר"י ס"ל שגם רבינא מודה שבמקח וממכר לא מהני משיכה ברה"ר ורק בגנב שאינו קונה אלא לחיוב אונסין ס"ל דמהני משיכה ברה"ר. וריצב"א פליג וס"ל שאם במקח לא מהני משיכה ברה"ר גם בגנב לא מהני משיכה ברה"ר לחיוב אונסין אלא רבינא ס"ל שגם בעלמא קונה משיכה ברה"ר. כן כתב הקר"ש ב"ק ע"ט. דמחלוקת ר"י וריצב"א תלוי בתירוצי התוס' כאן, וכדבריו מבואר בשעה"מ פ"ג מגניבה ה"ב ד"ה עוד שכתב שהרמב"ם שפסק לגבי גזלן כרבינא דמהני משיכה ברה"ר יסבור גם בשואל שמתחייב ע"י משיכה ברה"ר. ותמה בזה על הטור בס' רצ"א שכתב שלרמב"ם שחיובו של שואל תלוי במשיכה בעינן נמי מקום הראוי למשיכה. וכתב השעה"מ דאינו כן אלא אף שצריך משיכה מ"מ מהני משיכה ברה"ר כמו שזה מועיל בגזלן. אמנם לפי מה שמובא בסמ"ע שיש אחרונים דס"ל שמה שמנהי משיכה ברה"ר בגזלן הוא משום דגזלן לא בעי קנין כלל אלא כל שהוציא מרשות הבעלים זה סיבה לחיוב אונסין א"כ אין ראיה ממה שמנהי משיכה ברה"ר בגזלן שיועיל גם בשואל. וע"ע בגאון ס' שני"א שכתב שמחלוקת הראשונים אי קי"ל כרבינא או לא תלוי במחלוקת זו שאם זה דין מיוחד בגנב וגזלן יתכן דקי"ל כרבינא אף דלגבי קנינים קי"ל דאין משיכה קונה ברה"ר. אבל אם קנין להתחייב באונסין דינו ככל קנין ע"כ דלא קי"ל כרבינא.

טעמא דמילתא דמהני משיכה ברה"ר לחיוב אונסין דגזלן אף דלא מהני בקנינים דעלמא יש לבאר בכמה אופנים. א. בעלמא המעשה קנין הוא להוצאת הממון מרשות בעליו והכנסתו לרשות הקונה. ויש מקום לומר שהחסרון של רה"ר אינו בהוצאה מרשות הבעלים אלא בהכנסה לרשות הקונה. ובגזילה שאין הממון נעשה של הגזלן ואינו קונה אלא לענין חיוב אונסין סגי במעשה קנין שיש בו הוצאה מרשות הבעלים ולא בעינן הכנסה לרשותו, ובזה ליכא חסרון של רה"ר. עיין בקו"ש כ"ב אות ש"ח שכתב על דרך זה. דהיינו שיש סברא מיוחדת לחלק בין גזלן לשאר קנינים לענין החסרון של רה"ר. ב. בתוס' בב"ק כ"ט: מבואר שיש חילוק בין דין הקנין של מו"מ לקנין שצריך בזכיה מהפקר. שאפי' לסוברים שהגבהה היא ג' טפחים בזכיה מהפקר סגי בטפח דאיכא מ"ד דס"ל שאפי' הבטה קני בהפקר. והטעם הוא דכיון שאין בקנין זה הוצאת ממון מבעלות הבעלים הראשונים שכבר יצא מרשותם לא בעינן מעשה קנין מעליא כמו שצריך כדי להוציא מבעלות הבעלים הראשונים. ועל דרך זה

י"ל גם לגבי גזלן שגם הוא אינו מוציא את הממון מבעלות הנגזל וסגי בקנין כל דהו. וא"כ אין זה סברא דוקא לענין החסרון של רה"ר. ועיין ברמב"ן בכתובות לא: [הובא בשעה"מ הנ"ל] דאף דקי"ל שדברים שדרכם בהגבהה אינם נקנים במשיכה היינו רק במקרה אבל בגזילה גם בדברים אלו מהני משיכה לחייב באונסין. הרי שמצאנו חילוק בין קנין למשיכה לחיוב אונסין לא רק לענין רה"ר, ולכאורה הסברא כנ"ל. גיש מן האחרונים שכתבו דגזלן חייב באונסין על עצם הוצאת הממון מרשות הבעלים ואינו צריך לזה מעשה קנין כלל. ומה שמבואר בכ"ק ע"ט. שאינו מתחייב ע"י משיכה ברשות הבעלים היינו משום שאין מעשה גזילה כ"ז שלא הוציא מרשותם אבל כשמוציא לא בעינן מעשה קנין אלא מתחייב ע"י עצם ההוצאה מרשותם ולכן מהני בזה משיכה ברה"ר. כ"כ האבן האזל בפ"ב מגניבה הט"ז ובפ"ג מגניבה האריך בזה ע"ש. [כעין זה מבואר ברע"א בכתובות ל"ד. שהטובח בהמת חברו עצם מעשה הטביחה הוי מעשה גזילה אף שלא עשה שום מעשה קנין דמה שמחסרו לבעלים הוי גזילה ע"ש].

הנ"מ בין פשטים אלו הוא אם גנב שהתחייב באונסין ע"י משיכה ברה"ר אית ליה קניני גזילה ויקנה בשינוי או שאין לו אלא חיוב אונסין. האור"ש בפ"ג מגניבה ה"ב ד"ה והנראה כתב שגם כשנעשה גנב ע"י משיכה ברה"ר כיון שיש עליו כל חיובי גנב הוא גם קונה בשינוי. אך מרן הגרא"מ שך דצוק"ל נקט בפשיטות באבי עזרי פ"ח מגזילה ה"י ד"ה ונראה דאף שמתחייב באונסין ע"י משיכה ברה"ר מ"מ קניני גזילה לית ליה ואינו קונה בשינוי.

בגאון בס' ש"מ סקט"ז מוכח לכאורה שלא פירש דברי התוס' כאן כמו שכתבנו דס"ל בתי' השני ששואל קונה ע"י משיכה ברה"ר כשם שגזלן קונה ע"י משיכה ברה"ר. שהגאון שם כתב על מה שהחלקו התוס' בד"ה כך תקנו והרא"ש אם שואל צריך משיכה כדי להתחייב באונסין, דתוס' ס"ל שאינו חייב אלא כמשך, והרא"ש חולק וס"ל דמיד שמסלק הבעלים שמירתו על סמך שמירתו של השואל מתחייב השואל באונסין ולא בעינן משיכה. וכתב הגאון שהתוס' והרא"ש בזה לשיטתם, שהתוס' כתבו בד"ה אמר שמואל דלית הלכתא כותיה דרב דאמר הכישה במקל והיא תבא חייב, אלא קי"ל כשמואל דמתני' בעבד עברי והרא"ש פסק כרב. ולכאורה הדברים אינם מובנים בשלמא מה שכתב שהרא"ש לשיטתו ניהא שהרא"ש מוכיח את שיטתו דלא בעינן משיכה לחיוב אונסין דשואל מדברי רב דנעשה כאומר הכישה במקל והיא תבא, ולמד הרא"ש שאין זה מדין משיכה אלא כעין הדין של ערב דכיון שהוציא הממון מרשותו על פיו השואל משתעבד בזה. ולומד הגאון שלרא"ש זה התחדש בדברי רב ושמואל לא ס"ל כן אלא דבעינן משיכה. ולכן כתב שהרא"ש שכתב דשואל לא בעי משיכה אזיל לטעמיה דפסק כרב. וזה כפשט שכתבנו לעיל דבתחילה הגמ' הבינה שחיובו של השואל במתני' הוא מדין משיכה ורק בתי' של רב התחדש הדין ערב. אבל מה שכתב שהתוס' לשטתם דפסק כרב צ"ב שבתוס' מפורש בד"ה כיון דמה שאמר רב הכישה והיא תבא היינו במקום הראוי למשיכה. ומבואר שהתוס' פרשו גם דברי רב באומר הכישה והיא תבא שהחיוב הוא מדין משיכה ואין כתב הגאון שמה שפסקו התוס' ששואל צריך משיכה הוא משום דס"ל דקי"ל כשמואל ולא כרב.

הש"ך בס' ש"מ סק"י על מה שפסק השו"ע שם שאם אמר הכישה והיא תבא שאין השואל מתחייב בזה, דהיינו דקי"ל כשמואל ולא כרב, כתב שהרא"ש שלא פסק כן אלא ס"ל דקי"ל כרב שאם אמר הכישה והיא תבא הוא מתחייב זה הרא"ש לשיטתו דס"ל ששואל מתחייב בלי משיכה. אבל לראשונים שאין שואל מתחייב אלא במשיכה ה"נ דלא מהני הכישה במקל והיא תבא. וזה על דרך הגר"א ששני פסקי הרא"ש האלו תלויים זה בזה. ותמה התיבות שם סק"יב אין כתב הש"ך שזה תלוי זה בזה הרי מפורש בתוס' שגם הדין של הכישה והיא תבא הוא מדין משיכה ומהני רק במקום הראוי למשיכה. א"כ גם הסוברים ששואל צריך משיכה יכולים לפסוק כרב שהכישה והיא תבא חייב. וכעין זה קשה גם על הגאון על מה שכתב שהתוס' לשטתם דפסקו כשמואל לכן ס"ל דשואל צריך משיכה הרי גם אם היו פוסקים כרב יכולים לפסוק ששואל צריך משיכה והכישה היא משיכה.

אמנם כונת הגאון במה שכתב שהתוס' לשטתם הוא לתי' השני בתוד"ה כיון שכתבו שמהני הכישה והיא תבא גם ברה"ר דלענין להתחייב באונסין מהני משיכה ברה"ר. ומוכח מדברי הגר"א שלא פירש דברי התוס' כמו שכתבנו לעיל שהקנין הוא ע"י משיכה ומשיכה ברה"ר הוא קנין טוב לחיוב אונסין. אלא הגאון פירש שלתי' זה אין החיוב מדין משיכה כלל אלא כיון שהוציא את הממון מרשותו ע"פ בקשת השואל מתחייב השואל מדין ערב ולא בעינן בזה משיכה. ושפיר כתב הגאון שמה שהתוס' בד"ה כך תקנו כתבו דשואל צריך משיכה היינו לשטתם דס"ל דקי"ל כשמואל דבדעת רב מודים התוס' לדברי הרא"ש שאין החיוב מדין משיכה אלא מדין ערב.

נמצא דכשם שיש ב' דרכים באחרונים לבאר את שיטת הסוברים דמהני משיכה ברה"ר בגזלן, די"א שמשיכה ברה"ר הוא קנין טוב לענין חיוב אונסין דגזלן, וי"א שהטעם הוא משום דזלן לא בעי קנין כלל לחיוב אונסין אלא מתחייב על עצם ההוצאה מרשות הבעלים, כך יש ב' דרכים בביאור דברי התוס' כאן בתי' השני ששואל מתחייב באונסין ע"י משיכה ברה"ר. א"י"ל דהוי מדין משיכה ומשיכה שאינו לקנין אלא רק לחיוב אונסין אין בו חסרון של רה"ר. ב.אין זה קנין משיכה כלל אלא חיוב של ערב שחל ע"י הוצאת הממון מרשות הבעלים. ויוצא שמה שכתבנו לעיל צד לומר בדעת התוס' שהמקשן שהקשה יד עבד כיד רבו סבר שהחיוב הוא מדין ערב והתי' של רב הוא שזה שליחות על משיכה, מדברי הגר"א כאן מבואר איפכא שלתי' השני של תוס' לרב החיוב הוא מדין ערב ולמקשן ולשמואל דס"ל כמקשן החיוב הוא משום שליחות.

דאיכא גזייתא. פרש"י שהגזייתא הם ברשות המשאיל. עיין בשיטמ"ק ד"ה לא צריכא שלכאורה אין דברי רש"י מובנים שאם לא יצאה הבהמה מרשות המשאיל בל"ה ליכא חיוב. ומפרש השיטה שבין חצר המשאיל לחצר השואל יש מקום שאינו של שניהם ושם נמצא הגזייתא, וכונת הגמ' רק שלא היה רה"ר ביניהם ע"ש.

השואל קרדום מחברו בקע בו קנאו לא בקע בו לא קנאו. סברת ר"ה שאין השואל קונה במשיכה אלא רק בתחילת מלאכה מבאר הריטב"א דכיון שאינו קונה את גוף הקרדום אלא רק השתמשותו לא מהני משיכה שהוא קנין שנעשה בגוף החפץ הנקנה. ואף שמתחילת דברי הריטב"א משמע שזה חסרון רק במשיכה מפני שמשיכה במטלטלין הוא קנין דרבנן ולא תקנו רבנן שיקנה במשיכה אלא כשקונה את הגוף, בהמשך דברי הריטב"א מוכח דס"ל כן גם בקנין דאורייתא, שהריטב"א מקשה דמצאנו שאפשר לקנות בקרקע קנין דקל לפירות ע"י חזקה אף שאינו קונה את גוף הקרקע, ותי' הריטב"א דשאני דקל לפירות שהפירות יוצאים מגוף הדקל וא"כ הוא קונה קנין בגוף הדקל לפירותיו, משא"כ בקרדום אין ההשתמשות יוצא מגוף הקרדום ואינו נקנה בקנין שנעשה בגוף הקרדום. ומוכח שגם בקנין דאורייתא בקנין חזקה בקרקע אינו קונה אלא כשקונה את גוף הדבר. ומה דקי"ל בזה דלא כר"ה אלא ששואל קונה במשיכה שיטת הריטב"א הוא שאין זה אלא מדרבנן כמו שיבואר בסמוך. ומה שמורה ר"ה שקונה ע"י שבוקע בו מבאר הריטב"א שזה תקנ"ח מפני תיקון העולם שלא יהא אדם משאיל כיליו לחברו ואחר שיתחיל

במלאכתו יחזור בו המשאיל ויניח מלאכתו מותחלת. ומה שכתב הריטב"א דדקל לפירות מהני רק כשהפירות יוצאים מן הגוף כן מבואר בתוס' בגיטין ע"ז: שזכות הבעל במעשה ידי אשתו אינו קנין בידים למעשיהם אלא זכות כמע"י. ומבאר שם רע"א דהיינו משום דס"ל שלא שייך קנין בידים למעשה ידים כיון שאין המע"י יוצאים מגוף הידים. אך כ"ז לצד של הגמ' בגיטין מ"ב: שא"א למכור עבד לקנס ולא פרה לכפילא אבל לצד דמהני עבד לקנס ופרה לכפילא מוכח דמהני גוף לפירות גם כשאין הפירות יוצאים מן הגוף.

יסוד זה שכתב הריטב"א שמישיכה אינו קונה כשאינו קונה את גוף הדבר מבואר גם בר"י מגש שמוכר בנ"י לעיל ד. ובר"ן בריש פרק שבוועת הדיינים שמשכון אינו נקנה אלא בשעת הלואה ע"י קנין כסף או שלא בשעת הלואה ע"י גוביינא דבי דינא אבל ע"י קנין משיכה א"א לקנות קנין משכון כיון שאינו קונה את גוף המשכון. והר"י מגש לומד שזה כונת הגמ' בקידושין ח. מנה אין כאן משכון אין כאן שאינו יכול לקבל קנין משכון ע"י משיכתו כיון שאינו קונה את גופו. וכעין זה מצאנו גם ברמב"ן בקידושין ג. שהתוס' שם הקשו על רש"י שם דס"ל שכל קנין שמהני בקרקע מהני גם באשה אמאי אין אשה נקנית בחזקה. וכתב ע"ז הרמב"ן דחזקה הוא קנין שעושים בגוף הדבר הנקנה וכיון שאין הבעל קונה את גוף האשה אין החזקה שעושה בגופה קונה.

עוד כתב הריטב"א לחלק בענין זה בין שאלה לשכירות דכל מה דסבר ר"ה שאין הקדרום נקנה במשיכה הוא רק בשאלה אבל שכירות שהוא ממכר ליומא הוא בכלל משיכה שתקנו בלקוחות. ומבואר בריטב"א שיש חילוק בין קנינו של שוכר לשל שואל ושוכר הוא יותר קנין בגוף משאלה, ולא כפשטות שקנין שכירות ושאלה שוים ואין ביניהם אלא שזה בחנם וזה בתשלום, וכמו שהקנין שמקבלים ע"י מתנה שזה לקנין של מכר. ומצאנו בעוד מקומות שיש הבדל בין קנין של שוכר לשל שואל. דמבואר בתוס' לעיל י"א: שאין שאלה ושכירות נקנים בקנין סודר. והטור בס' קצ"ה כתב דשכירות קרקע נקנה בכל הד' קנינים שקרקע נקנה בהם שהם כסף שטר חזקה וחליפין. ומוסיף הטור ד"א ששאלה אינה נקנית בחליפין. משמע דס"ל לחלק לענין חליפין בין שאלה שאינו נקנה בחליפין לשכירות שכן נקנה בחליפין. וכן הביין הב"י שם שמקשה אמאי מביא הטור י"א שלא מהני חליפין רק לגבי שאלה ולא לגבי שכירות, ולא כדרכי משה שכתב שלשון הטור לאו דוקא ואין כונתו לחלק בין שאלה לשכירות. ועוד מצאנו חילוק בין שאלה לשכירות לענין קנין אגב. דמבואר בקידושין כ"ו: שאפשר להקנות מטלטלין אגב שכירות קרקע. הש"ך בס' ר"ב סק"ב כתב בשם רבינו ירוחם שיכול להקנות מטלטלין רק אגב שכירות קרקע ולא אגב שאלת קרקע. ובהגהת האמרי ברוך שם מביא שכן דעת הר"ש. וכתב ע"ז הש"ך ולא ידענא איזה חילוק יש בין שאלה לשכירות. וכונתו כנ"ל שאין נ"מ בין קנין שאלה לקנין שכירות אלא שזה כמכר וזה כמתנה. והקצ"ח בסק"א כתב דלא קשיא שמצאנו חילוק בין שאלה לשכירות לענין קנין סודר כמבואר בטור ס' קצ"ה. ויש להוסיף על דבריו דכמו כן מצאנו חילוק ביניהם בריטב"א בסוגיין כנ"ל.

האמרי משה בס' ל"ד אות י"ג מביא בשם הדברי משפט שמקשה על הריטב"א דחזינן דשואל שלא מדעת מתחייב ע"י משיכה אף שלא משך כדי לקנות את גוף הדבר אלא לתשמישו. ואף דקי"ל ששואל כן קונה במשיכה לריטב"א אין זה אלא מדרבנן. וכתב האמרי"מ דאף שאין כונתו לקחת אלא השימוש מ"מ כיון שיש לו דין גזלן להתחייב באונסין יש לו קניני גזילה בכולו ואם יעשה שינוי יקנה את כולו לכן מהני בזה משיכה. אמנם לפי מה שיבאר בס"ד בסמוך בתוד"ה וחברו ששיטת הריטב"א ששואל שלא מדעת אין לו קנין בכולו ואינו קונה בשינוי א"א לומר כתיורין זה של האמרי"מ. הטור בס' רצ"ב כתב שאין שואל שלא מדעת מתחייב ע"י משיכה עד שישתמש. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לעיל מ"א. ולדברי הטור לא קשה קושית הדברי משפט על הריטב"א ד"ל דאח"כ אינו מתחייב ע"י משיכה עד שישתמש. אך בדעת הריטב"א א"א לומר כן דמבואר בשיטת"ק לעיל מ"א. בשם הריטב"א ששואל שלא מדעת מתחייב ע"י משיכה. ועיין במחנ"א גזילה ס' י"ח שמביא שהריטב"א לא ס"ל בזה כהטור אלא ששואל שלא מדעת מתחייב ע"י משיכה. אמנם לכאורה לא קשיא קושית הדברי משפט מטעם אחר דמה דסבר ר"ה שלא מהני משיכה בשואל הוא לענין קנין אבל לחיוב אונסין מפורש בגמ' שגם ר"ה מודה דלא בעינן בקע בו, וכמו ששואל מתחייב באונסין ע"י משיכה כך בשואל שלא מדעת מהני משיכה לחיוב אונסין אף דלא מהני לקנין, וכמו שמהני משיכה ברה"ר לחיוב אונסין דשואל וגזלן לשיטת ר"י בתוס' בכתובות ל"א: אף דלא מהני לקנין כמו שנתבאר לעיל. ובריטב"א בכתובות ל"א: כתב בהדיא בזה כר"י ע"ש. אך העירוני שגם זה א"א לומר בדעת הריטב"א שח"כ כשנבאר דלא מהני משיכה בשואל לר"ה מפני שאינו קונה את הגוף מוסיף הריטב"א דמה שלענין חיוב אונסין כן מועיל הוא מפני שבההיא הנאה דאושלה ניהליה ואפקא מרשותיה לרשות שואל גמר ומשעבד נפשיה באחריות כאילו קיבל ממנו שכר לשמור ולהתחייב באונסיה דאדם משעבד עצמו בכסף והנאה זו נחשב ככסף. ומבואר שגם לענין חיוב אונסין דשואל סובר הריטב"א שאינו קונה בקנין משיכה אלא בההיא הנאה וזה לא שייך לענין שואל שלא מדעת. והדרא קושיא לדוכתיה איך שואל שלא מדעת מתחייב ע"י משיכה הרי אינו קונה את גוף הדבר.

אילימא לאונסין וכו' אלא לחזרה. מוכח מדברי ר"ה שיש חיוב אונסין מחמת ההתר שימוש אף שעדיין אין לו קנין להשתמש ויכול המשאיל בכל רגע לחזור בו מ"מ כ"ז שלא חזר בו זה נחשב כל הנאה שלו. הנתיבות בס' ש"מ סק"ח מסתפק בשואל שלא משך וגם לא סילק הבעלים שמירתו כגון שהשואל משתמש ברשות המשאיל אם מה שמשתמש הוא סיבה לחיוב אונסין. וכתב הנתיבות דחזינן בדברי ר"ה דאף דס"ל שמישיכה אינו קונה לחזרה מ"מ איכא חיוב אונסין והריטב"א מבאר שהחיוב אונסין הוא מחמת ההנאה של התר השתמשות א"כ ה"ה כשמשתמש ממש זה סיבה לחיוב אונסין אף שלא משך. ומוסיף הנתיבות דכשם שלר"ה ביקוע הוא קנין לענין חזרה כך גם לדין אף דקי"ל שגם משיכה קונה בשואל מ"מ כשבוקע בלי למשוך גם הביקוע הוא סיבה לקנין דלא מצאנו שחולקים בזה על ר"ה. ודברי הנתיבות מחודשים דמבואר בריטב"א שהקנין של ביקוע הוא תקנ"ח שתקנו שלא יוכל המשאיל לחזור. וצריך תקנה זו רק לר"ה דס"ל שמישיכה אינה קונה אבל לחולקים שקונה ע"י משיכה לכאורה אין סיבה לתקן שיועיל תחילת מלאכה.

ופליגא דרב אמי. התוס' בב"ק ע"ט. כתבו דג' מחלוקות בדבר א. לר"ה משיכה אינו קונה בשואל כלל. ב. לרב אמי קונה מן התורה שאם לא היה קונה אלא מדרבנן לא היה בזה מעילה. ג. לר"א תקנו משיכה בשומרים וקונה מדרבנן. והריטב"א כאן כתב שגם לרב אמי אינו קונה אלא מדרבנן וכיון דהפקר ב"ד הפקר איכא מעילה גם בקנין דרבנן. וכעין מחלוקת זו שנחלקו התוס' והריטב"א אי איכא מעילה בקנין דרבנן נחלקו גם הראשונים היכא שהוציא מעות הקדש ע"י קנין דמהני מן התורה ומדרבנן אינו קונה. דמבואר לעיל מ"ח. שלר"י שמעות קונות דבר תורה איכא מעילה ע"י קנין כסף. והרשב"א שם מקשה אמאי מועיל הרי רבנן בטלו קנין כסף. ועיין מה שכתבו בזה התוס' בע"ז ס"ג. ובמה שכתבנו בזה בס"ד לעיל מ"ג.

תקנו משיכה בשומרים. כתב הנ"י דאף שעיקר התקנה היתה כדי שלא יוכל המשכיר לחזור בו השוו מידותיהם וכמו שהמשכיר אינו יכול לחזור בו כך השוכר אינו יכול לחזור בו. ולכאורה אין כונתו שאין השוכר יכול לפטור את עצמו מחיוב השמירה שלו אם ירצה להחזיר למשכיר דלענין זה מסתבר שלא גרע שוכר משואל דמבואר בנ"י שם שאם מחזיר למשואל הוא נפטור מחיוב אונסין שלו. אלא כונת הנ"י שאין השוכר יכול לחזור בו ולפטור את עצמו מחיוב השכירות. וצ"ב למה צריך להגיע לענין זה להשוו מידותיהם הרי חיובו של השוכר בדמי השכירות תלוי בקנינו וכיון שקנה ע"י משיכה ממילא חייב בתשלומי השכירות. ואולי סובר הנ"י שתשלומי השכירות אינו עבור הקנין אלא עבור ההשתמשות שמשתמש בממון המושכר. ונחלקו הראשונים בזה לקמן ק"ג. בנפל הבית המושכר בתוך זמן השכירות אם צריך השוכר לשלם דמי השכירות או לא כמו שיבואר שם בס"ד. וכמו שאם נפל הבית יש ראשונים דס"ל שאינו משלם כיון שאינו משתמש אף שקיבל את קנין ההשתמשות כך היה מקום לומר שיכול השוכר לא להשתמש ולא לשלם. וע"ז כתב הנ"י שהשוו מידותיהם וכשם שאין המשכיר יכול לחזור כך השוכר אינו חוזר וכ"ז שיש קנין השתמשות ואפשרות להשתמש הוא חייב את דמי השכירות.

תוד"ה וחברו. הקשו על הא דמבואר הכא דכיון שמעל המשואל הקרדום יוצא לחולין והשואל מותר לבקע בו לכתחילה דבתוספתא מבואר שאם בקע בקרדום של הקדש ובא חברו ובקע כולם מעלו ולא אמרין דיצא לחולין ע"י מעילת הראשון. וכתבו דאין נראה לר"י לחלק דהתם לא נתכוין לגזול את הקרדום כולו אלא רק להשתמש בו ולהחזירו, ובכה"ג לא יוצא לחולין אלא רק השימוש שהוא לקח ולא כל הקרדום, משא"כ הכא שהשואל לחברו קנין שאלה כל הקנין שאלה יוצא לחולין א"כ השימוש שהשני משתמש יצא לחולין, דקי"ל שואל שלא מדעת גזלן וגם מי שלוקח השתמשות בלבד נעשה גזלן בכלול והיה צריך כל הקרדום לצאת לחולין אף שלקחו ע"ד להשתמש בו ולהחזירו. המל"מ בפ"ו ממעילה מביא שהריטב"א בקידושין נ"ד: כתב תירוצו זה של ר"י. וכתב המל"מ שהריטב"א לא שת לבו לדחיית התוס' מכח הדין של שואל שלא מדעת גזלן. אך לא ביאר המל"מ אמאי סובר הריטב"א שלא קשיא קושית התוס' משואל שלא מדעת. ולכאורה נראה שנחלקו התוס' והריטב"א אם שואל שלא מדעת נחשב גזלן על כל החפץ או שאינו גזלן אלא על ההשתמשות שהרי הוא לא לקח יותר מהשתמשות. שהתוס' ס"ל דע"י לקיחת ההשתמשות הוא נעשה גזלן על כל החפץ ואם יעשה שינוי יקנה את החפץ כולו. וזה כשיטת הנ"י בב"ק י"א. שכתב דכשם שאין שומין לגזלן מפני שקונה בשינוי כך אין שומין לשואל שלא מדעת שגם הוא קונה בשינוי. והריטב"א ס"ל שאינו גזלן אלא על ההשתמשות וגם אם יעשה שינוי לא יקנה את החפץ. וזה כשיטת הראב"ד שמוכא בשיטה בב"ק צ"ז. שלכאורה מבואר בדבריו דס"ל ששואל שלא מדעת אינו קונה בשינוי כמו שכתב הקו"ש שם אות קכ"ד. [ועיין מש"כ בדברי הראב"ד האמרי משה בס' ל"ד]. וכיון שסובר הריטב"א ששואל שלא מדעת אינו נעשה גזלן על גוף החפץ אלא על ההשתמשות שלקח ממילא לא יוצא לחולין אלא רק ההשתמשות שלקח וחברו שבקע אחריו מועל. ומה"ט לא שת הריטב"א לבו לדחיית התוס'.

אלא נראה לר"י דתוספתא איירי בגזברים. כתבנו לעיל צ"ו: שיש ב' דרכים לבאר הא דליכא מעילה בגזבר. דבתוס' בקידושין נ"ה. ועוד מקומות מבואר שאין דין מיוחד בגזבר אלא שאם חושב שהממון הוא שלו ואינו מגביה את הממון כדי לקנותו אין בזה הוצאה מרשות הקדש ואינו מועל אפי' שהוא לא גזבר. ואם הוא חושב שהממון הוא של חברו ולוקחו לעצמו הוא מועל אף שהוא גזבר. ומה שנזכר גזבר הוא רק מפני שמצוי בידו ממון הקדש ושכיח שחושב שזה שלו. וכן מבואר בתוס' לעיל צ"ו: אך בתוס' כאן לא נזכר שחושב שזה שלו וכתב המל"מ בפ"ו ממעילה ה"ד שהתוס' כאן ס"ל שאין מעילה בגזבר אפי' שאינו חושב שהממון שלו מפני שרשות הגזבר הוא כרשות הקדש וכשלוקח את הממון לעצמו אינו מוציא את הממון מרשות הקדש. והובא לעיל שסברא זו כתב גם התרומת הכרי בס' רצ"ב סע' ב' ומבאר בזה מה שצריך להגיע לחידוש של שליחות יד ולא מחייבים שומר ששולח יד מדין גנב. אמנם קצת קשה לפרש כן בתוס' דידן שכתבו על פשט זה כדפרישית לעיל. וכוונתם למה שכתבו לעיל צ"ו: ושם מפורש שתלוי אם חושב שזה שלו או לא. דהיינו שמה שכתבו דאיירי בגזבר יש לפרש בב' אופנים. א. כמו שכתבו לעיל שחושב שהממון שלו וגזבר לאו דוקא, ומה שכתבו שכשנותן לחברו הוא מעל וחברו לא מעל היינו חברו שאינו גזבר היינו שאינו חושב שהממון הוא של חברו אלא חושב שזה שלו ולכן כשנותן לחברו הוא מוציא מרשות הקדש ומועל. ב. לדברי המל"מ כונת התוס' שהוא גזבר ממש ואינו מועל אף שיועד שאין הממון שלו, וכשנותן לחברו שאינו גזבר הוא מועל. ועיקר סברת המל"מ והתרה"כ מבוארת בריטב"א לקמן עמ' ב' על הגמ' של נטל אבן או קורה של הקדש, וכן משמע בהדיא ברש"י שם ד"ה נטל אבן כמו שיבואר שם בס"ד.

מה שמבואר בתוספתא שהביאו התוס' דאף שאינו מועל כשלוקח את הממון כיון דאיירי בגזבר מ"מ כשמשתמש הוא מועל ואעפ"כ חברו שמשתמש אחריו מועל צ"ב אמאי אין ההקדש יוצא לחולין ע"י המעילה של הראשון ולא ימעל השני. ובדברי התוס' בקידושין נ"ה. מבואר שכשאין הוצאה מרשות הקדש אלא רק מעילה של הנאה מממון הקדש לא יוצא כל הממון לחולין שלא מעל אלא לפי טובת הנאה שיש לו מהשימוש בממון ורק חלק זה יוצא לחולין לכן חברו שבקע אחריו גם מועל שהשימוש שלו לא יצא עדיין לחולין עד הביקוע שלו. כך מבאר במל"מ הנ"ל בריש דבריו את דברי התוס' בקידושין וכן יש לפרש דבריהם כאן. גם הרמב"ם בפ"ו ממעילה ה"ג וה"ד למד מדברי התוספתא שמה שאין מועל אחר מועל הוא רק כשמוציא ממון מרשות הקדש אבל כשמועל ע"י הנאה לבד יש מועל אחר מועל. ולא כראב"ד שם שכתב שאין סומכין על התוספתא שהיא סותרת את המשנה והגמ'.

נמצא הדרכים בישוב דברי התוספתא שלא יסתור את המשנה במעילה שאין מועל אחר מועל א. לתוס' בקידושין התוספתא איירי כשחושב שהממון שלו וליכא הוצאה מרשות הקדש אלא רק הנאה ובזה לא יוצא הכל לחולין ואיכא מעילה אחר מעילה. וכן י"ל בדעת הרמב"ם בפ"ו ממעילה. ב. בדעת התוס' כאן לומד המל"מ דאינו תלוי אם חושב שהממון שלו או לא אלא אם הוא גזבר אפי' יודע שאינו שלו ליכא הוצאה מרשות הקדש ואיכא מועל אחר מועל. ג. שיטת הריטב"א שבתוספתא אין הממון יוצא לחולין מפני שאינו מתכוין לגזול את הממון אלא רק להשתמש ולהחזיר ולית ליה לריטב"א מה שר"י דחה פירוש זה מכח הא דשואל שלא מדעת גזלן. ד. הראב"ד דחה דברי התוספתא מן ההלכה משום דס"ל שזה סותר את המשנה במעילה.

המנ"ח במצ' קכ"ז מקשה על דברי הרמב"ם והתוס' דס"ל שכשאין גזילת הקדש אלא רק הנאה לא יוצא הממון לחולין ואיכא מועל אחר מועל מהגמ' בר"ה כ"ח: שהתוקע בשופר של עולה יצא דכיון שמעל יצא לחולין. והגמ' שואלת אמאי יצא הרי בתחילת התקיעה עדיין לא יצא לחולין נמצא שתחילת התקיעה היתה בשל הקדש. ומוכח מקושית הגמ' שלא היה מעילה בלקיחת השופר, וע"כ משום דחשב שהוא שלו, וא"כ המעילה הוא מכח השימוש ומ"מ יוצא לחולין בתחילת התקיעה וליכא מעילה בהמשך התקיעה ומבואר שגם בנהנה יוצא לחולין. וכתב המנ"ח שזה קושיא גדולה ושלא מצא מי שהתעורר בזה. וכבר

עמד בזה המאירי בפסחים כ"ז על הגמ' של תנור שהסיקו בעצי הקדש שגם שם מבורר שע"י השימוש זה יוצא לחולין. ותי' המאירי דהתם שאני שע"י שמסיק בעצי הקדש הוא מכלה את העצים והוי כהוצאה. ושוב מקשה המאירי מר"ה דמוכח שגם ע"י שימוש שאינו מכלה יוצא לחולין. ואפי' למה שהובא לעיל מהתוס' בקידושין והמל"מ שאין כונת הרמב"ם והתוס' שנהנה אינו מוציא לחולין כלל אלא שלא יוצא לחולין אלא אותו שימוש מ"מ קשיא דכמו שהביקוע של הראשון אינו מתיר את הביקוע של השני כך תחילת תקיעה אינו מתיר את המושך התקיעה.

נראה לר"י לכאורה וכו' אך קצת קשה לר"י וכו'. בתחילה סבר ר"י לומר שבכל הקנאת ממון הקדש, בין כשמשאל ממון הקדש בין כשמקנה ממון הקדש, יוצא כל הממון לחולין ואין המוציא מועיל כנגד כל מה שיצא לחולין אלא רק כפי הטובת הנאה שיש לו מהנתינה. ושוב חזר ר"י וס"ל שאם מקנה את גוף הממון יוצא כל הממון לחולין ומועיל כנגד כולו, ואם משאל ממון הקדש יוצא לחולין רק הקנין השתמשות שהוא נתן לשואל, ומותר לבקע בו רק עד גמר זמן השאלה ולא יותר. וכזה אינו מועיל כנגד כל שווי הקנין שאלה אלא רק לפי טובת הנאה שיש לו משאלה זו. שהמעילה היא או כנגד ההפסד שהיה להקדש או כנגד ההנאה שהיה למוציא. והיכא שכל הממון יוצא לחולין איכא פסידא להקדש כנגד כל הממון לכן חייבו כנגד כל הממון, אבל היכא שלא יוצא גוף הממון אלא רק קנין ההשתמשות אין הפסד להקדש מזה מפני שהממון נשאר של הקדש, וכזה ההפסד אינו אלא מה שנחסר הכלי מהשימוש, וכיון שהנאתו הוא יותר מההפסד של הקדש הוא משלם כפי מה שנהנה מהנתינה.

בקובץ הערות ס' נ"ה מסתפק בגדר דין יציאת הקדש לחולין ע"י מעילה אם חייב המעילה גורם את היציאה לחולין, וחייב מעילה הוא על מעשה ההוצאה ולא על מה שיצא בפועל, שהיציאה בפועל אינו גורם לחיוב מעילה אלא הוא תוצאה מחיוב המעילה. א"ד מעשה הגזילה מהקדש מוציא לחולין והחיוב מעילה היא תוצאה מהיציאה לחולין. ומתוס' דידן יש להוכיח שאין היציאה לחולין תוצאה מחיוב מעילה. שלמה דסבר ר"י בתחילה מבורר שבכל מעילה שבא ע"י הוצאת ממון הקדש לחולין היציאה לחולין הוא יותר מחיוב המעילה. שתמיד יוצא כל הממון לחולין והמעילה אינה אלא לפי טובת הנאה שיש לנותן. ומוכח שאין היציאה לחולין תוצאה מחיוב המעילה, שאם היציאה היא תוצאה מחיוב המעילה לא יתכן שיצא יותר ממה שמתחייב המועיל. וגם למסקנא לא חזר ר"י אלא רק שההוצאה מרשות הקדש מוציא את כל הממון לחולין וממילא הוא משלם את כל הממון שהרי זה מה שהפסיד להקדש. אבל גם למסקנא מוכח שאין חיוב המעילה גורם את היציאה לחולין שהרי כמשאל גם למסקנא היציאה היא יותר מהחיוב מעילה, שיוצא כל הנאת ביקוע, דהיינו כל הקנין השתמשות יוצא לחולין ואין המוציא מועיל לפי מה ששוה הקנין השתמשות אלא רק לפי הטובת הנאה שיש לו מנתינתו לשואל. ומוכח שאין היציאה תוצאה מחיוב המעילה.

בעיקר הספק של הקובץ הערות יש לעיין דמפורש במשנה במעילה י"ט: שבכהמה וכלי שרת יש מועיל אחר מועיל. ומבורר שיש מעילה גם בלי יציאה לחולין ואיך יש צד לומר שכל החיוב מעילה הוא תוצאה ממה שיצא ממון הקדש לחולין. אמנם עיין בשע"מ פ"ו ממעילה שדין זה אינו מוסכם והוא מחלוקת הרמב"ם והתוס'. שברמב"ם מבורר שגם בקדושת הגוף יש מעילה על מעשה ההוצאה אף שאינו יוצא לחולין, ולדידיה מוכח שאין חיוב מעילה תוצאה מהיציאה לחולין אלא אדרבה היציאה לחולין היא תוצאה מהמעילה. ורק בקדושת דמים המעילה מוציאו לחולין משא"כ קדושת הגוף כשם שאינו יוצא ע"י פדיון כך אינו יוצא ע"י מעילה. אבל מדברי התוס' בקידושין נ"ד: ד"ה קרבן מוכיח השע"מ דס"ל שבקדושת הגוף כיון שאינו יוצא לחולין אינו מועיל על מעשה ההוצאה לבד אלא כנהנה לפני שהוציא. והא דאין מועיל אחר מועיל וכלי שרת לשיטת התוס' היינו כשנהנה ואח"כ מוציא, שבקדושת דמים ההוצאה מוציאה לחולין וכשנהנה שוב ליכא מעילה משא"כ בקדושת הגוף שאינו יוצא לחולין הוא מועיל על כל פעם שנהנה, אבל על ההוצאה לחולין אינו מועיל בקדושת הגוף כיון שאין הממון יוצא לחולין. ומה שמבורר בתוספתא דבעולה אם נהנה לחברו וחברו לחברו כולם מעלו כתב השע"מ השע"מ צ"ל שכו"א נהנה לפני שנתן לחברו ומועיל על הנאה ולא על ההוצאה. ועוד י"ל שלתוס' המעילה היא על הטובת הנאה שיש לכ"א מנתינתו לחברו שהוא מדין נהנה ולא על עצם הוצאת הממון. ולדברי השע"מ יוצא שהתוס' והרמב"ם נחלקו בחקירתו של הקובץ הערות אם החיוב מעילה הוא תוצאה מהיציאה לחולין או שהוא גורם את היציאה לחולין, וכזה תלוי פלוגתתם אם בקדושת הגוף שאינו יוצא לחולין יש מעילה של הוצאה או לא, שהרמב"ם ס"ל שהמעילה גורם את היציאה ולא היציאה גורם את החיוב מעילה לכן גם בקדושת הגוף שאינו יוצא לחולין איכא מעילה. והתוס' ס"ל שהיציאה לחולין גורם את החיוב מעילה ולכן בקדושת הגוף ס"ל דליכא מעילה של הוצאה אלא רק של נהנה. והתוס' לשיטתם ס"ל כאן שיוצא לחולין יותר מהחיוב מעילה כיון שאין היציאה תוצאה מחיוב המעילה אלא היא גורמת את חיוב המעילה. [והא דסבר התוס' והרמב"ם שבנהנה אין הממון יוצא לחולין אינו נוגע לספק זה ששם אין מעשה גזילה שיוציא לחולין, וגם תשלום המעילה אינו סיבה שיצא לחולין שאינו משלם בשביל הממון אלא בשביל הנאתו].

המהרש"א כתב שלמסקנת התוס' שבמשאל קרדום לא יוצא כל הקרדום אלא רק אותה הנאה שנותן לשואל לא קשיא מה שהקשו בתחילת דבריהם מהתוספתא דבקע בקרדום של הקדש ובא חברו ובקע וכו' כולם מעלו ומ"ש ממה שמבורר כאן שהמשאל מועיל וחברו מותר לבקע בו לכתחילה, דכיון שלא יוצא כשלוקח להשתמש אלא רק הנאת ביקוע והגוף נשאר של הקדש לכן כולם מעלו, משא"כ המשאל לחברו שימוש זה יצא לחולין ואין השואל מועיל. ומה שהקשו מהתוספתא הוא למאי דסבר ר"י בתחילה שכל הקרדום יוצא לחולין. ולדברי המהרש"א התוס' חזרו בסוף דבריהם ממה שכתבו בתחילת דבריהם שאין לומר שמה שכולם מעלו בתוספתא הוא משום שאינו לוקח אלא השתמשות דק"ל שואל שלא מדעת גזלן. ומדברי התוס' במנחות משמע שאין סתירה בין מה שכתבו כאן שלא יוצא הכל לחולין למה שכתבו לעיל שאם לוקח כדי להשתמש יוצא הכל לחולין משום ששואל שלא מדעת גזלן. דלעיל מיירי כשאינו חושב שהקרדום שלו וא"כ לקחתו הוא מעשה גזילה ואף שאינו לוקח אלא השתמשות הוא נעשה גזלן בכולו בגלל הדין של שואל שלא מדעת גזלן. ומה דמסיק ר"י שלא יוצא הכל לחולין היינו כשחושב שזה שלו ואין כאן מעשה גזילה בזה כשנותן לחברו רק השתמשות יש הוצאה מהקדש רק על קנין השתמשות ולא שייך בזה שואל שלא מדעת גזלן שאין כאן גזילה כלל שהרי חושב שהקרדום שלו, ובזה יוצא רק ההשתמשות ולא יותר. ועיין בחזו"א אבה"ע ס' קמ"ח לדף נ"ה על תוד"ה אין שכתב כדברים אלו, ותמה על המהרש"א שלא משמע שהתוס' חזרו ממה שכתבו בתחילה שבלקחת השתמשות יוצא הכל דשואל שלא מדעת גזלן, אלא הכא שאני שחושב שהממון שלו וליכא גזילה.

ואין להקשות איך מותר וכו'. היינו דקשיא להו כיון שבמשאל קרדום לא יוצא כל הקרדום לחולין אלא רק הנאת ביקוע אמאי מותר לשואל לבקע בו לכתחילה, אמנם שימוש זה יצא לחולין אבל הגוף של הקדש. ודמי למשכיר בית והקדישו משכיר דאף שההשתמשות קנוי לשוכר ואת זה אין המשכיר יכול להקדיש מ"מ כיון שחל הקדש על הגוף שהוא של המשכיר

אסור לשוכר לדור בבית כיון שהוא משתמש בגוף של הקדש ובמעילה קאי כמבואר בערכין כ"א. וה"נ אף שקנין ההשתמשות יצא לחולין מ"מ כיון שהגוף הוא של הקדש השואל במעילה קאי ולמה מותר לו לבקע לכתחילה. וכתבו ע"ז התוס' וי"ל כיון שהשואל ומועל בשאלה יצאת כל הנאת ביקוע לחולין ואיו מעורב בה מן הקדש כלום. דברי התוס' בתירועם צ"ב אמאי אין מעורב מן ההקדש כלום הרי הגוף לא יצא לחולין והוא של הקדש, ורק ההשתמשות יצא לחולין, וגם כשמקדיש המשכיר חל ההקדש רק על הגוף ולא על ההשתמשות שאינו יכול להקדיש מה שקניו לשוכר ואעפ"כ כיון שהגוף הוא של הקדש איכא מעילה, ולמה כאן אין השואל מועל כמו שמועל השוכר כשהמשכיר מקדיש.

עוד צריך להבין את עיקר דברי הגמ' בערכין אמאי מועל השוכר כשהמשכיר מקדיש את הגוף אמנם הגוף הוא של הקדש מ"מ השוכר יש לו קנין לקבל השתמשות מן הגוף וכמו שאין המשכיר יכול למנוע מהשוכר להשתמש מפני שהשוכר משתמש בקנין שלו ואינו לוקח כלום משל המשכיר כך אין השוכר משתמש בממון הקדש אלא בקנין השתמשות ששייך לו ולמה איכא בזה מעילה. ובפרט למה שמוכחים האחרונים [עין חידושי הגר"ח הל' מעילה] שמעילה הוא על גזילת הקדש בודאי שאין השוכר גוזל מהקדש כשתשתמש בבית שיש לו בו קנין שכירות ולמה השוכר במעילה קאי. ובאמת שיטת הר"ן בנדרים מ"ו: הוא שאם השכיר בית זה מותר לשוכר לדור בבית אף שהגוף הוא של הקדש, והגמ' בערכין מיידי במשכיר בית סתם שאין לשוכר קנין בבית זה דוקא ויכול המשכיר לתת לו בית אחר לכן יש מעילה כשתשתמש בבית זה. אבל התוס' כאן ובעוד מקומות לא ס"ל כן, וצ"ב בסברת התוס', והתוס' בעצמם עמדו בזה כמו שיבואר.

התוס' בב"ק נ"א: מקשים למה כשמקדיש המשכיר השוכר קאי במעילה מ"ש מבע"ה שאם הלוח מקדיש קרקע שמושעבד למלוה אתי מלוה ושקיל מהקדש כמו שטורף מלקוחות, ואין זה מעילה כיון שזה משועבד לו א"כ גם השוכר ישתמש בגוף של הקדש כיון שקניו לו להשתמשות. וכתבו התוס' וז"ל וי"ל דשאני בע"ה דגוף הקרקע יוצא מתחת יד המקדיש אבל גבי שוכר לעולם אין גוף הקרקע יוצא מתחת יד המשכיר עכ"ל. בביאור דברי התוס' כתב בקובץ הערות ס' נ"ב אות א' וז"ל ותרצו דשאני בע"ה דגובה גוף השדה וממילא פקע ההקדש אבל בשוכר גוף הבית נשאר להקדש עכ"ל. דהיינו שמפרש דברי התוס' שמה שאין מעילה בבע"ה שגובה ממון הקדש הוא מפני שזכותו לגבות מהקדש וע"י הגביה פוקע מהממון הבעלות של הקדש וממילא ליכא מעילה כיון שהשימוש הוא בשל חולין. אבל השוכר אין לו שיעבוד לגבות מהקדש כיון שאין לו תביעה על הגוף וא"כ הגוף נשאר של הקדש והשוכר רוצה להשתמש בעוד הגוף של הקדש, וזה הזכות ממון לא יכול להתיר שאם משתמש בממון של הקדש איכא מעילה. אך הסברא בזה צ"ב מה בכך שהגוף הוא של הקדש הרי השוכר אינו לוקח משל הקדש כלום אלא משתמש בקנין השתמשות שלו ולמה יהיה בזה מעילה. ועוד שלשון התוס' אינו מדויק לפירושו שכתבו דשאני בע"ה דגוף הקרקע יוצא מתחת יד המקדיש, ולדבריו הוי להו למימר דשאני בע"ה שגוף הקרקע יוצא מתחת יד ההקדש, דזה עיקר התיורן שאינו משתמש בשל הקדש אלא טורף מהקדש ומשתמש בשל חולין, ולמה הזכירו שיוצא מיד המקדיש ולא שיוצא מתחת יד הקדש. ובשוכר כתבו שהוא מועל מפני שאינו יוצא מתחת יד המשכיר, ולמה הזכירו את המשכיר ולא שאין הממון יוצא מתחת יד הקדש והוא משתמש בשל הקדש ולכן הוא מועל.

בדברי רע"א בכתובות נ"ט: על תוד"ה שדה זו מבואר שלא פירש את דברי התוס' בב"ק כהבנת הקוה"ע שכתב שמבואר בתוס' בב"ק נ"א: דאף דבעלמא קי"ל שקדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד בשוכר קדושת דמים מפקיע מידי שיעבוד כיון שהגוף של משכיר. דהיינו שלדברי רע"א התי' של תוס' הוא שבע"ה גובה משל הקדש ואין בזה מעילה מפני שיש לו שיעבוד על הקדש וכיון שיש לו קנין לגבות ואין כאן גזל הקדש ליכא מעילה, וזה משום שאין ההקדש מפקיע את שיעבודו של המלוה כיון שקדושת דמים אינו מפקיע מידי שיעבוד. ולענין זה חילקו בין שיעבוד של המלוה על הלוח לשיעבודו של השוכר על המשכיר. שהמלוה יש לו שיעבוד לגבות את הקרקע של הלוח וסוף ממון זה לצאת מרשות הלוח ולהיות של המלוה, ושיעבוד זה אלים ואין קדושת דמים מפקיעו. אבל השוכר אין לו שיעבוד להוציא את הממון מיד המשכיר אלא להשתמש בממון עד סוף זמן השכירות, ואז חוזר הממון למשכיר, ושיעבוד זה אינו אלים כשיעבודו של מלוה וגם קדושת דמים מפקיע שיעבוד זה. ולדברי רע"א מדויק לשון התוס' ומוכן למה השוכר במעילה קאי שההקדש מפקיע את שיעבודו וכיון שפקע זכותו הוא מועל כשתשתמש. אבל אם לא היה פוקע קנינו של השוכר כלל לא היה מעילה בהשתמשותו אף שהגוף של הקדש.

לדברי רע"א דברי התוס' כאן מובנים היטב שהקשו כיון שרק ההשתמשות יוצא לחולין והגוף נשאר של הקדש אמאי אין המבקע מועל הרי הוא משתמש בגוף של הקדש כמו שהשוכר מועל אף שקנין ההשתמשות הוא שלו מפני שהגוף של הקדש. ותי' דהיכא שכל זכות ההשתמשות יצא לחולין ליכא מעילה אף שהגוף של הקדש ושאינו שוכר שמועל מפני שההקדש מפקיע זכותו של השוכר וכיון שפקע זכותו איכא מעילה אבל כאן שזכות ההשתמשות יוצא כולו לחולין ע"י המעילה ולא מעורב בה משל הקדש כלום אף שהגוף נשאר של הקדש ליכא מעילה.

התוס' בכתובות נ"ט. מקשים שבגמ' בערכין מבואר שהמשכיר יכול להקדיש את הבית המושכר לשוכר ולאסור על השוכר לדור בבית משום דבמעילה קאי. ובכתובות נ"ט: מבואר שזה שמשכן שדה ביד המלוה אינו יכול להקדישו אלא לכשיפדנו. ומ"ש משכיר שיכול להקדיש מלוה שאינו יכול להקדיש. וכתבו התוס' שגם הלוח וגם המשכיר יכולים להקדיש את הגוף ששייך להם ומה ששייך לשוכר או למלוה אינם יכולים להקדיש. ובכתובות איירי שרוצה להקדיש את כל הממון כולו וזה אינו יכול אלא לכשיפדה, משא"כ בערכין איירי שמקדיש רק את הגוף ששייך לו וזה גורם איסור על השוכר לדור בבית כיון שהוא משתמש בגוף של הקדש. וכן כתבו התוס' בערכין כ"א. בתי' הראשון. בתי' השני כתבו בערכין לחלק בין משכיר ללוח, שהמשכיר אלים כוחו מפני שקנין השכירות של השוכר הוא רק לזמן וסוף הבית לחזור כולו למשכיר ולכן יכול המשכיר להקדיש משא"כ הלוח שלא תחזור הקרקע אליו בלא פרעון מעות אלא יעבור לרשות המלוה בזה אלים כוחו של המלוה ואין הלוח יכול להקדיש. וכתב רע"א הנ"ל בכתובות נ"ט: שב' תירוצים אלו של התוס' בכתובות ובערכין בנויים על דברי התוס' בב"ק. שבתוס' בב"ק נתחדש שקדושת דמים מפקיע משיעבודו של השוכר [כל זה להבנת רע"א בתוס' וכמו שמשמע לשון התוס' כמו שנתבאר לעיל אבל לדברי הקוה"ע אין רמז בתוס' לחידוש זה שהקדש מפקיע משיעבודו של השוכר]. ומה"ט השוכר במעילה קאי, שאם לא היה פוקע שום חלק מקנינו של השוכר לא היה מעילה שהרי הוא משתמש במה שקניו לו לשימוש. ומה שנחלקו התוס' בכתובות עם התי' השני שבתוס' בערכין הוא כמה מקנינו של השוכר מפקיע ההקדש. שהתוס' בערכין ס"ל דכיון שלא אלים קנינו של השוכר שהרי סוף הבית לחזור למשכיר ההקדש מפקיע את כל קנינו של השוכר. וכיון שפקע קנינו פשוט שהשוכר במעילה קאי. והתוס' בכתובות ובתי' הראשון בערכין ס"ל שלא פקע כל קנינו של השוכר אבל גם לדבריהם פקע חלק מזכותו של השוכר. וז"ל רע"א ותרצו דמ"מ השאר יכול להקדיש דאף השאר משועבד לו ג"כ לפירות, מ"מ כיון שאין לו בגוף ההקדש מפקיע כסברתם בב"ק

עכ"ל. דהיינו שגם התוס' בכתובות שסובר שאין ההקדש מפקיע את הקנין פירות של השוכר מ"מ יש לשוכר עוד משהו חוץ מקנין השתמשות והוא השיעבוד לקחת את הפירות מגופו של המשכיר. וחלק זה שאינו קנין אלא שיעבוד ההקדש מפקיע.

נמצא לפי מה שמבואר למעין בדברי רע"א ממה שהשוכר במעילה קאי מוכח שההקדש הפקיע משהו מקנינו של השוכר שאם כל קנינו קיים אין טעם שיהיה במעילה הרי הוא משתמש בשלו. ויסוד זה מבואר בתוס' בב"ק דשיעבודו של שוכר אינו אלים כיון שעתיד לחזור למשכיר וקדושת דמים מפקיע משיעבוד זה. אלא שנחלקו תירוצי התוס' אם מפקיע הקדש את כל קנינו של השוכר או שמפקיע רק את השיעבוד שיש לשוכר על המשכיר לקבל השתמשותו מגופו של המשכיר. ורק מפני שפקע חלק מקנינו של השוכר ע"י ההקדש השוכר במעילה קאי. ולפ"ז דברי התוס' כאן ברורים דכיון שיצא כל הנאת ביקוע לחולין ואין מעורב בו הקדש כלל מותר להשתמש בקרדום אף שהגוף של הקדש שאין הוא משתמש בשל הקדש כלל אלא בחלק שיצא לחולין. ולא דמי לשוכר דקאי במעילה דשאני התם שפקע חלק מקנינו של שוכר ע"י ההקדש שמפקיע מידי שיעבוד. אבל להבנת הקובצה בתוס' בב"ק אין מקום לדברים אלו דכמו ששוכר אסור להשתמש בגוף של הקדש אף שקניו לו לשימוש גם כאן יהיה אסור להשתמש בגוף של הקדש אף שהנאת ביקוע יצא לחולין. והקובצה לשיטתו נדחק בס' נ"ג אות א' לבאר דברי התוס' כאן באופן אחר אבל לדברי רע"א הדברים פשוטים וברורים.

תודה כן תקנו משיכה בשומרים. שיטת התוס' דש"ח וש"ש מתחייבים ע"י הנח לפני ואינם צריכים משיכה. שיטת הרמב"ם [עיי' מ"מ פ"ב משכירות ה"ח וש"ך ס' רצ"א סק"ג ומחנ"א שומרים ס' ז'] שאפי' ש"ח אינו חייב אא"כ משך. ועיין ברע"א לעיל מ"ח. ד"ה ובאמת שתמה מה טיבו של משיכה זו הרי אין השומר קונה ומה ענין משיכה כשאינו קונה ע"י המשיכה. ומה שקשה על הרמב"ם מראית התוס' מהנח לפני הובא לעיל שהשיטה שם כתב בשם הראב"ד דהנח לפני הוא משיכה. ואף שהמפקיד מניח ובעיני משיכה של השומר שהוא כמו הקונה מ"מ המפקיד יכול לעשות משיכה בשליחות השומר. וזה כשיטת התוס' דלא כריטב"א דס"ל שאין המקנה יכול להיות שליח של הקונה לעשות מעשה קנין בשבילו כמו שנתבאר לעיל. לגבי שואל נחלקו התוס' והרא"ש אי בעי משיכה לחיוב אונסין או לא, התוס' ס"ל דשואל אינו מתחייב אלא ע"י משיכה והרא"ש חולק וס"ל שמהזמן שמסלק המשאל שמירתו הממון באחריות השואל אף שלא משך. והובא לעיל שהגאון כתב דאזלו לטעמייהו דפליגי לעיל אי קי"ל כרב דמחייב באומר הכישה והיא תבא או לא. ויש לעיין בשיטת התוס' אמאי בש"ח וש"ש סגי בהנח לפני ולא בעינן משיכה ובשואל ליכא חיוב אונסין בלי משיכה. בשלמא אי הוי אמרינן דחיוב אונסין דשואל תלוי בקנין השתמשות היה נוחא שהקנין מקבל ע"י משיכה, אבל מדברי ר"ה מוכח דאיכא חיוב אונסין בשואל בלי קנין השתמשות שהרי מתחייב באונסין ע"י משיכה ואינו קונה לענין חזרה אלא כשבקע בו. וא"כ מאי שנא חיוב אונסין דשואל שתלוי במשיכה מחיוב גו"א דש"ש שנעשה ע"י הנח לפני.

ולכא למימר דקאי אשוכר וכו'. כתבו דאין לומר שמה שתקנו משיכה בשומרים קאי על שוכר ותקנו משיכה היינו שמן התורה מעות קונות כמו במקח ותקנו שמעות לא יקנו אלא משיכה, מפני ששכירות אינה משתלמת אלא לבסוף. האר"ש בפ"ג ממכירה ה"ג מבאר דברי התוס' דכמו שבמתנה שאינו מחוסר מעות משיכה קונה מן התורה כמבואר בתוס' בע"ז מ"ד והובא בקצה"ח ס' קצ"ח סק"א, וכן בשאלה שג"כ אינו מחוסר מעות משיכה קונה מן התורה כך בשכירות אף שיש בו מעות מ"מ כיון שאינו משתלם אלא לבסוף אינו מחוסר מעות משיכה מן התורה. ואף שבהמשך דברי התוס' כתבו דקאי על שוכר ושואל לענין חזרה שמיד שמשכו אין המפקיד יכול לחזור, אין זה סותר את מה שכתבו לפני זה שמשיכה קונה מן התורה מפני שאינה משתלמת אלא לבסוף ואינו מחוסר מעות, דבתחילה רצו התוס' לומר דקאי על שוכר ולא על שואל ותקנו היינו לאפוקי מעות דהיינו שמה שצריך תקנה ואינו קונה מן התורה הוא משום דדבר תורה מעות קונות וזה שייך רק בשוכר ולא בשואל שאינו מחוסר מעות. ואת זה דחו התוס' שגם בשוכר אין טעם שלא יקנה בו משיכה מפני שדבר תורה מעות קונות שאינו מחוסר מעות שאינו משתלם אלא לבסוף. ובמסקנא כתבו דתקנו משיכה אינו לאפוקי מעות וקאי בין על שוכר בין על שואל וס"ד שלא יעיל משיכה מטעם הריטב"א שאינו קונה את הגוף קמ"ל.

דף צט:

שכירות מאי עבדתיה. לשון הגמ' בב"ק ע"ט: הוא מטלטלין לאו בני שטרא. הנ"י לעיל מ"ט: [דף ל. מדפי הרי"ף] כתב דיש מדקדקים מהגמ' שם דאף שבטלו רבנן קנין כסף במטלטלין משום גזירה שמא יאמר נשרפו חטיף בעליה היינו דוקא במכירת מטלטלין אבל בשכירות מטלטלין ליכא חשש זה שהרי הגוף של המשכיר ובודאי יציל ובוזה לא יבטלו קנין כסף. וכן נפסק בשו"ע ס' קצ"ח סע' ו' בשם י"א. וכתב הגאון שם סק"ט שלשיטה זו נוחא מה שהגמ' בב"ק שואלת מטלטלין בני שטרא נינהו ולא הקשו מטלטלין בני קנין כסף נינהו דכסף קונה בשכירות מטלטלין. אמנם רש"י כתב שם בב"ק דמה שלא שאלו על כסף הוא משום דכסף מהני בשכירות מטלטלין לענין מי שפרע. ומבואר ברש"י שבטלו קנין כסף גם בשכירות מטלטלין ולא מהני כסף בזה אלא לענין מי שפרע. וכן כתב הנ"י כאן בשם הרשב"א והאחרונים דאף שהחשש שמא יאמר נשרפו חטיף בעליה לא קיים בשכירות מטלטלין מ"מ לא חילקו בין שכירות למכר. עיין בפת"ת שם סק"ח שמביא שרע"א ושעהמ"ש תמזהו על השו"ע שפסק כדברי הנ"י בפרק הזהב נגד שיטת רש"י והרשב"א והנ"י בפרק השואל בשם האחרונים דס"ל שגם שכירות מטלטלין אינו נקנה בכסף. אך בשיטמ"ק כאן כתב בשם הרמב"ם והריטב"א כדברי הנ"י בהזהב דכסף קונה שכירות מטלטלין ושאלת הגמ' כאן היא רק משטר. והובאו דבריהם במחנ"א קנין מעות ס' י' ע"ש.

האי מאן דגזל חביצא וכו' להדיוט משלם נ' נכי חדא להקדש משלם נ' וחומשייהו. מבואר בגמ' שמה שלהדיוט משלם נ' נכי חדא גלמוד מהדין של שמין בית סאה באותה שדה. ואין זה נחשב שמשלם פחות מערך הנזק שאפשר לראות הפסד ערוגה של פירות כהפסד של פירות בפני עצמן ואפשר לראות את זה כנזק של השדה כולו. וילפינן מקרא דוביער בשדה אחר שבכל מקום שיש שתי אופני שומא ששניהם אמת שמין להקל על המזיק. ומזה ילפינן נמי גבי חביצא דכיון שאפשר לשום כפי מה ששוה למכור אחד אחד ואפשר לשום לפי מה ששוה למכור יחד שמין להקל על המזיק. ועיין בחזו"א ב"ק ס' י"ד סק"י שכתב דהא דשמין סאה בס' סאין היינו דוקא כשבאמת יש לניזק ס' סאין, וכתב שכן מבואר בתוס' בב"ק מ"ז. ע"ש. והיינו כנ"ל דאין זה גזל לשום אגב שדה אחר אלא כיון שבאמת אפשר לראות את זה כנזק של כל השדה שמין את הנזק כך, וזה שייך רק כשבאמת יש לו ס' סאין. ואחי הרה"ג ר' דוד שליט"א הראני שבדברי היש"ש בפ' הכונס ס' י"ח מבואר דס"ל שאפי' אם אין לו

ס' סאין שמין בס' כאילו היה לו. ובשיטתם"ק כאן בשם התוס' שאנץ מפורש כדברי החזו"א וז"ל שאם אין אלא ערוגה אחת והפסידה כולה שמין אותה בפני עצמה עכ"ל.

תוד"ה באותה שדה. הקשו איך מדמה הגמ' חביצא לקרקע הרי הדין ששמין אגב ששים הוא רק בקרקע ולא במטלטלין. מה שכתבו שדין זה הוא רק בקרקע ולא במטלטלין אינו מדויק דמבואר בב"ק מ"ז. דנזקי עובר בהמה אין שמין בפני עצמה אלא אגב הבהמה, והגמ' מדמה להא דשמין אגב שדה אחר אף שבהמה אינה קרקע אלא מטלטלין. ואין נ"מ בזה בין קרקע למטלטלין אלא שדין זה נאמר במקום שהדבר הניזוק הוא חלק מדבר אחר, ובה הדין הוא שלא לשום את הדבר הניזוק בפנ"ע אלא כחלק מן הדבר הגדול. ולכן בדרך כלל דין זה לא קיים במטלטלין מפני שאין חפץ זה קשור לחפץ השני. משא"כ בולד פרה שהולד הוא חלק מן האם ושייך לראות את הנזק כנזק הפרה בזה ילפינן מהדין של וביער בשדה אחר ששמין להקל.

כי יאכל פרט למזיק. שיטת התוס' שמן התורה המזיק הקדש אינו חייב אפי' קרן ומה שמבואר כאן שפטור רק מחומש ומשמע שחייב בקרן היינו מדרבנן. ונחלקו האחרונים בדעת הרמב"ם אי ס"ל נמי שמזיק הקדש חייב רק מדרבנן או דפליג על התוס' וס"ל שאדם המזיק הקדש חייב מן התורה. שהרמב"ם כתב בפ"ב משכירות ה"א שעבדים שטרות וקרקעות והקדשות נתמעטו מחיוב שמירה. ובהל' ג' כתב הרמב"ם יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שכל פושע מזיק הוא. ולמד האור"ש בפ"א מנזקי ממון ה"ב ד"ה אולם שמה שהרמב"ם מחייב בפשיעה קאי גם על הקדשות והבין האור"ש שהחיוב הוא מן התורה. והיינו משום דס"ל שאם החיוב הוא מדרבנן אין לחייב אלא כשמזיק בידים ולא בפשיעה אע"כ שלרמב"ם יש בהקדש חיוב מזיק מן התורה. וכתב ע"ז האור"ש שזה כפשוטו דברי הגמ' בפרק השואל שהקדש נתמעט רק מחומש ולא מקרן. ומה שמבואר בירושלמי שאין מזיק להקדש מבאר האור"ש שאין החיוב של מזיק הקדש מפרשת נזיקין אלא דינו כבע"ח יעו"ש. הגאון בס' ש"א סק"ד כתב שמה שמחייב הרמב"ם פושע בשמירת ממון הקדש אינו אלא חיוב דרבנן דכיון שפושע נחשב מזיק דינו ככל מזיק הקדש שחייב מדרבנן. אמנם באמת לא מפורש ברמב"ם כלל שיש חיוב פשיעה מטעם מזיק בהקדש דלשון הרמב"ם בהל' ג' הוא יראה לי שאם פשע השומר בעבדים וכיוצא בהן חייב לשלם שאינו פטור בעבדים וקרקעות ושטרות אלא מדין הגו"א והמיתה וכיוצא בהן שאם היה ש"ח על המטלטלין ונגנבו או אבדו ישבע ובעבדים וקרקעות ושטרות פטור משבועה וכו' אבל אם פשע חייב לשלם שכל הפושע מזיק הוא עכ"ל. הרי שלא הזכיר הרמב"ם אלא עבדים שטרות וקרקעות ולא הקדש. וכן נקט הקצה"ח במשובב ס' צ"ה שאין הרמב"ם מחייב שומר שפשע בנכסי הקדש.

נמצא ג' שיטות בדעת הרמב"ם בזה. א. לאור"ש הרמב"ם מחייב אדם המזיק הקדש מן התורה ולכן שומר שפשע בממון הקדש חייב מן התורה דפשיעה הוא כמזיק. ב. לגאון הרמב"ם ס"ל כתוס' שמן התורה מזיק הקדש פטור ושומר שפשע בממון הקדש חייב מדרבנן. ג. לקצות מזיק הקדש לרמב"ם חייב מדרבנן ובשומר שפשע בממון הקדש ליכא חיוב אפי' מדרבנן.

נימא ליה אנא חדא חדא הוי מזבנינא להו. החזו"א בב"ק ס' ח' סקט"ו ד"ה ב"מ מקשה אמאי אינו נפטר במ"ט הרי הניזק יכול לקנות במ"ט חביצא אחרת ולמוכרו חדא חדא ויהיה לו נ'. וכתב שלפי סברת המקשן שחייב לשלם נ' מפני שהניזק טוען שהיה מוכר חדא חדא אינו יכול לפטור עצמו בחביצא אחרת שהסברא של מזבנינא חדא חדא גורם שיש נזק של נ' אבל לענין תשלום אין החביצא נחשב שוה נ'. שמי שלוח מחברו נ' וזו אינו יכול לפרוע חביצא ויצטרך המלוה למכור חדא חדא כדי לקבל את כספו. וכן במזיק לענין ההפסד זה נחשב שוה נ' אבל לענין תשלום בענין תשלום שיכול לקבל ממנו עכשיו נ' ולא לאחר זמן. וכיון שאינו נפטר בחביצא גם אינו נפטר במ"ט שהוא דמי חביצא. ויסוד זה שלא כל מה שנחשב שוה לענין חיוב נזקין נחשב שוה לענין תשלומי נזקין מבואר גם בדברי הרא"ש כמו שיבואר בס"ד בסמוך על הגמ' של הני שקולאי.

נטל אבן או קורה של הקדש. עיין מה שכתבנו בענין זה ובענין הדר בחצר חברו שלא מדעתו בב"ק כ: .

הני שקולאי. ג' שיטות יש בענין זה. א. שיטת רש"י ותוס' דאירי ששבר לפני יום השוק בזמן שנמכר בד' ואעפ"כ חייב ה' מפני שהיה הניזק יכול להמתין עד יום השוק ולמכור בה'. אך אם משלם לפני יום השוק יכול להחזיר חבית של יין ויכול הניזק למכור ביום השוק בה' כמו שהיה מוכר את שלו ביום השוק בה'. החזו"א בב"ק ס' ח' סק"ד בד"ה ואפשר כתב שיתכן שכמו שלפני יום השוק יכול לפרוע חבית כך יכול לפרוע ד' והניזק יקנה עם זה חבית ונחשב כאילו החזיר לו חבית דמה לי הן מה לי דמיהן. אך הקצה"ח בס' ד"ש סק"א נקט בפשיטות שאינו יכול לשלם ד' אלא או ה' או חבית. ומה שחייב ה' כשהזיק לפני יום השוק הוא רק אם ביום השוק הוא מכר את כל יינו אבל אם לא מכר הוברר שגם חבית זו לא היה מוכר ואין המזיק משלם אלא ד'.

נחלקו האחרונים בביאור שיטת רש"י. דצ"ב לשיטתו אמאי חייב ה' כשהזיק בזמן שהמחיר בשוק הוא ד' ומה בכך שאח"כ יהיה שוה ה' הרי אין לך אלא מקומו ושעתו. וכתב הקצה"ח בס' ד"ש סק"א דלעולם מודה רש"י שערך החבית לפני יום השוק אינו אלא ד' וחיוב מזיק על גוף החבית הוא רק ד'. ומה שחייב ה' הוא מפני שגם לבעל החבית נזק שהיה יכול להמתין על יום השוק ולמכור את החבית בה'. וחיוב זה אינו מדין מזיק ממש אלא מדין גרמי. ובה מוכן למה אם היה לו יין למכור ולא מכר אינו חייב אלא ד' דלכאורה קשה אם מחיר החבית הוא נחשב ה' מפני שזה ערכו ביום השוק מה בכך שבפועל לא היה יכול למכור ביום השוק. ולקצות נחא דערך החבית בזמן הנזק היה ד' ומה שחייב ה' אינו אלא מדין גרמי על מה שגם שלא יוכל למכור ביום השוק, ואם בל"ה לא היה יכול למכור המזיק לא גרם לבעל החבית שום נזק ואין לחייבו מדין גרמי. וע"פ דברי הקצות מישב הקה"י בס' מ"ט מה שקשה על רש"י אמאי לעיל בחביצא אינו משלם נ' אמנם ערך החביצא הוא כפי מה ששוה למוכרו יחד מ"מ כיון שבפועל היה יכול למכור חדא חדא בנ' איכא גרם הפסד של נ', וגם בחבית מבואר ברש"י ד"ה אבל שמה ששוה ה' ביום השוק הוא ע"י שימכור את החבית מעט מעט פרוטה פרוטה. ועמד בזה הקצה"ח שם בסק"ב. ומבאר הקה"י דחיוב זה שחייב מדין גרמי על מה שגם שלא יוכל להרויח ע"י מכירה ביום השוק הוא כנזק של דבר שאין גופו ממון ורק מזיק חייב ע"ז ולא גזלן. ואם יזיק חביצא באמת ישלם נ' ומה שמשלם מ"ט הוא כשגזל חביצא וגזלן אינו חייב על דבר שאין גופו ממון שהרי שטרות נתמעטו מגזל ע"ש. הקה"י בב"ק ס' ה' מבאר דברי רש"י באופן אחר דרש"י ס"ל שערך החפץ נמדד לפי יוקרא דלקמיה, ורק בהקדש הדין שאין לו אלא מקומו ושעתו. ולדבריו אין החיוב מדין גרמי אלא מדין מזיק ממש, אך מה שהיוקרא דלקמיה גורם שיחשב ששוה יותר היום הוא רק אם בפועל יכול למכור ביום השוק.

ב. שיטת הרא"ש שאם הזיק לפני יום השוק אינו חייב אלא ד' דאין לך אלא מקומו ושעתו וכיון שעכשיו נמכר בד' אין חיוב על יותר מד' אע"פ שהיה יכול להמתין ליום השוק ולמכור בה'. והכא אירי ששבר ביום השוק שאז שוה ה' לכן חייב ה'.

ואף ששבר ביום השוק וחייב ה' אם פורע ביום השוק יכול לפרוע חבית שיכול למוכרו ביום השוק בה'. וזה דוקא אם מכר כל יינו אבל אם לא מכר אין המזיק יכול לפרוע חבית כיון שלמעשה אינו יכול למוכרו וצריך לשלם ה'. ובהמשך דברי הרא"ש מפורש שמה שאם הזיק ביום השוק הוא חייב ה' הוא אפי' אם לא מכר כל יינו שחיובו של המזיק תלוי במחיר בשוק בזמן הנזק ולא בענין שבפועל יהיה אפשרות למכור עכשיו, אבל כדי שיוכל ליחשב תשלום של ה' עכשיו בענין שיהיה אפשרות למוכרו עכשיו בה'. וזה כסברת החזו"א שהובא לעיל דאף שלענין לחייב את המזיק דנים את החבית לשוה ה' אפי' שא"ל למוכרו בפועל מ"מ לענין תשלומי נזקין לא דנים את זה לשוה ה' אא"כ יכול בפועל למוכרו.

ג. שיטת הרמב"ם בפ"ג משכירות ה"ג שהכל תלוי בזמן התשלום ואם הנזק היה שלא ביום השוק בזמן ששוה ד' אם הוא משלם שלא בזמן השוק הוא משלם ד' ואם משלם ביום השוק משלם ה'. דהיינו שהמזיק לפני יום השוק לרש"י חיובו ה', לרא"ש חיובו ד', ולרמב"ם אם הוא משלם ביום השוק הוא משלם ה' ואם משלם בשאר יומי משלם ד'. אמנם נחלקו הש"ך בס' ד"ש סק"ג והמחנ"א נזקי ממון ס' א' בשיטת הרמב"ם. המחנ"א ס"ל שלרמב"ם אפי' אם הזיק ביום השוק שהחבית היה שוה ה' אם משלם שלא ביום השוק הוא משלם ד'. וטעם הדבר מבאר המחנ"א שהרמב"ם ס"ל שאין הנזק מחייב דמים אלא חבית, ומה שהמזיק פוטר עצמו בדמים הוא מדין מ"ל הן מ"ל דמיהם. וכיון ששלא ביום השוק אפשר לקנות חבית בד' סגי במה שמשלם ד'. הש"ך כתב שגם הרמב"ם מודה שאם הנזק היה ביום השוק הוא חייב ה' כערך של שעת הנזק אפי' אם התשלום אינו ביום השוק, ורק כשהנזק היה לפני יום השוק סובר הרמב"ם שתלוי מתי משלם. שאם משלם בזמן שחבית שוה ד' הוא נותן ד' שזה מה שהתחייב, ואם משלם ביום השוק צריך לשלם ה' מפני שלא יוכל הניזק לקנות חבית בד'. ועיין מה שכתבנו בס"ד עוד בדברי המחנ"א בריש פרק מרובה.

ומנכי ליה אגר טירחיה ודמי ברזנייתא. יש לעיין בדין זה שמנכים מחיוב הנזק את ההוצאות שהיה צריך להיות לניזק כדי להרויח דלכאורה תלוי במה שנחלקו בב"ק נ"ט. אי חיישינן לכחש גופנא. דהיינו שנחלקו שם במזיק גפנים של חברו אם מנכים מתשלום הנזק מה שהגפנים מכחישים בקרקע של הניזק. ובהה"ג שם תולה את הדין של נכי חיה ונכי מזונות דאיכא מ"ד התם שמנכים מחיוב דמי ולדות מה שהבעל היה עתיד להוציא בשכר המילדת ואת מה שהיה עתיד להוציא במזונות. ולכאורה היה ומזונות לגבי דמי ולדות הוא כטירחא ודמי ברזנייתא בנזק החבית. והרא"ש שם כתב דק"ל שחיישינן לכחש גופנא ומביא שהרמ"ה ס"ל דלא חיישינן לכחש גופנא. והגאון בהגהת הגר"א על דברי הרא"ש כתב שדעת כל הפוסקים כרמ"ה דלא חיישינן לכחש גופנא. ובשו"ע ס' שני"ד השמיט דין כחש גופנא, וכתב שם הגאון בסק"ט שזה משום דק"ל כרמ"ה. וצ"ב א"כ אמאי ק"ל הכא שמנכים מנזק החבית טירחא ודמי ברזנייתא. ולדברי הקצות לק"מ דהיכא דאיכא נזק ממש לא חיישינן לכחש גופנא ולא מנכים מתשלום הנזק את ההוצאות שנמנע הניזק מהם בגלל הנזק. ושאי הכא שערך החבית בזמן הנזק הוא ד' ולא ה', ומה שמשלם ה' הוא מדין גרמי על מה שגרם נזק שמנע מבעל החבית למכור את החבית ביום השוק בה'. ולענין זה פשוט שמנכים מתשלום הנזק מה שבעל החבית היה מוציא כדי להרויח דכנגד סכום זה ליכא גרם נזק.

והדברים מדויקים בדברי רש"י שכתב וכי מהדר ליה נמי ה' מנכי להו חנווני מה' אגר טירחא וכו'. משמע דהיכא שמשלם ד' אינו מנכה שכר טירחא ודמי ברזנייתא, דזה ערך החבית ובמזיק גמור לא חיישינן לכחש גופנא. ורק לגבי החיוב של ה' שאינו מזיק גמור אלא מדין גרמי מנכים טירחא ודמי ברזנייתא. ומה שהרא"ש ס"ל דאירי שהנזק היה ביום השוק שאז החבית שוה ה' והוי מזיק גמור ואעפ"כ מנכים שכר טירחא ודמי ברזנייתא היינו הרא"ש לשיטתו דס"ל דק"ל חיישינן לכחש גופנא. אך א"כ יקשה דאנן ק"ל דלא חיישינן לכחש גופנא כדמשמע בס' שני"ד וכמש"כ הגאון שם, וברמב"ם וכן בשו"ע ס' ד"ש נפסק שגם מעיקר שווי החבית מנכים שכר טירחא ודמי ברזנייתא וצ"ע. עכ"פ בדעת רש"י לכאורה נראה ברור כדברי הקצות ולכן רק כשמשלם ה' מנכים שכר טירחא ודמי ברזנייתא ולא כשמשלם ד'.

דף ק.

המחליף פרה בחמור. לעיל מ"ז. נחלקו רב ולוי אם קונים קנין חליפין בכליו או של קונה או של מקנה. והקשו התוס' שם מ"ו. בד"ה כל דמבואר כאן שהמחליף פרה בחמור קונה את החמור במשיכת הפרה וללוי דאית ליה דקונים בכליו של מקנה היה צריך להיות שהמוכר את הפרה יתן גם את החמור. וכתבו דא"ה"נ ללוי הפרה והחמור הם של אחד והקונה מושך את החמור וקונה עמו את הפרה. ולשון המחליף היינו שמחליף פרה בהנאת קבלת החמור. וזה ע"פ מה שמבואר שם בגמ' דסברת לוי שקונים בכליו של מקנה הוא שהמקנה נהנה מקבלת הקונה את הסודר וע"י הנאה זו הוא מקנה את מה שמקנה. אמנם לשיטת רש"י שהובא בתוס' בגיטין מ. גם לוי מודה דמהני כליו של קונה אלא דס"ל שגם כליו של מקנה מהני לא קשיא ממתני' ללוי ואפשר לפרש את המשנה כפשוטה דאירי בחליפין ממש שאחד נותן את החמור והשני את הפרה. והתוס' שהקשו מכאן על לוי לשטתם שחולקים לעיל מ"ז. בד"ה בכליו על רש"י וס"ל דללוי כליו של מקנה דוקא. אך למה שכתבו התוס' לעיל מ"ו: בסד"ה ולר"נ שבחליפין שוה בשוה מודה לוי שקונים בכליו של קונה לא קשיא על לוי מכאן דהכא אירי בחליפין שוה בשוה. וכן כתב השיטמ"ק כאן בשם תר"פ.

הלוקח אומר גדול לקחתי והלה אומר איני יודע זכה בגדול. ר"ה ור"י דאית להו לעיל צ"ז: ברי ושמא ברי עדיף יפרשו גם משנה זו מדין בוש". אבל למאי דק"ל כר"נ ור"י דלאו ברי עדיף צ"ב אמאי זוכה הלוקח בעבד גדול. הנ"י והרמב"ן כתבו דכשם שפרשו ר"נ ור"י מתני' דלעיל כגון שיש עסק שבועה ביניהם, וחיובו מדין מתוך שאינו יכול לישבע משלם, גם משנה זו יפרשו כן. מזה מוכיחים הרמב"ן והנ"י שמגלגלין גם כשהנתבע שמא ושגם על שבועת הגלגול איכא מתוך, שהרי כאן ליכא שבועה על הממון מצד עצמו דאין נשבעין על העבדים ועל הקרקעות והשבועה כאן היא רק בגלגול של שבועת הכסות. ולא דמי למתני' דלעיל דאירי בב' וג' פרות ואיכא מודה במקצת וחיוב שבועה ממש. וא"כ לדעת התוס' לעיל דס"ל שאין גלגול כשאין הנתבע יכול לישבע, וכן לדעת הרא"ש שם שאין מתוך על שבועת הגלגול אין מקום לתירוץ של הנ"י והרמב"ן.

הטור בס' צ"ד כתב בשם שו"ת הרא"ש דהיכא שהנתבע טוען שמא על עיקר השבועה ודינו מתוך שאינו יכול לישבע משלם א"א לגלגל עליו טענות אחרות דכיון שאינו נשבע על העיקר ליכא גלגול. וכתב התומים בס' צ"ד סק"ז שמדברי הרמב"ן הנ"ל מוכח שחולק בזה על הרא"ש. דכיון דהכא טוען הנתבע איני יודע על העבד א"כ הוא טוען גם איני יודע על הכסות וא"כ אינו יכול לישבע לא על העיקר ולא על הגלגול. וכשם שהרמב"ן מוכיח מכאן שיש מתוך כשאינו יכול לישבע על הגלגול כך

מוכח מכאן שיש גלגול גם כשאנו יכול לישבע על העיקר ודינו לשלם. וא"כ הרא"ש אינו יכול לתרץ כתירוצו של הרמב"ן מתר טעמי. א. דס"ל שאין מתוך על שבועת הגלגול. ב. דס"ל שאין גלגול כשאנו יכול לישבע על העיקר.

התומים מבאר שהרא"ש והרמב"ן בזה לשיטתם שהרא"ש בריש פ"ק מביא מחלוקת הראשונים אם עד המסייע מהני לפטור משבועה, וכתב ע"ז הרא"ש דיש מקשים הבל מהדין של שומר שומר שחייב השומר הראשון משום דאת מהמנת לי בשועה ואין השומר השני נאמן בשבועה. ואמאי לא יפטר השומר הראשון משבועתו ע"י עדותו של השומר השני שהוא עד אחד המסייע הבל שמביא הרא"ש היא קושיית הרמב"ן במלחמות שם והרמב"ן לית ליה תירוצו של הרא"ש. הרי שנחלקו הרא"ש והרמב"ן למ"ד שעד המסייע פטור משבועה אם יכול עד המסייע לפטור מי שנתחייב שבועה ואינו יכול לישבע שדינו לשלם. הרא"ש ס"ל דכיון שדינו לשלם אין הוא נחשב מחויב שבועה אלא מחויב ממון ואין ע"א קם לממון. והרמב"ן ס"ל שהחייב הממון הוא מכח חיוב השבועה דרמי עליה. ואם עד המסייע פטור מחייב ממון אלא מחייב ממון ואין ע"א קם לממון אלא לשבועה. וכתב התומים שהרא"ש דס"ל שא"א לגלגל כשטוען איני יודע הוא לשיטתו דס"ל שבמציב שאינו יכול לישבע פקע חיוב שבועה מיניה ורמי עליו חיוב ממון. וכמו שבמציב זה לא מהני עד המסייע כיון שאינו נחשב מחויב שבועה אלא ממון כך א"א לגלגל מפני שאין עליו חיוב שבועה אלא חיוב ממון. והרמב"ן שחולק לגבי עד המסייע וס"ל שגם כשאנו יכול לישבע החיוב שלו הוא חיוב שבועה ומהני עד המסייע לכן ס"ל נמי דאפשר לגלגל כשאנו יודע דהחיוב ממון שעליו הוא מכח חיוב שבועה דרמי עליו. אמנם למה שכתב הקצה"ח בס' פ"ז סק"ט שאין כונת הרא"ש בפ"ק שלא מהני עד המסייע מפני שחייב ממון מדין מתוך אלא שחייב מדין איני יודע אם פרעתיך א"כ אין דברי הרא"ש שם נוגעים לדבריו לענין גלגול היכא שטוען איני יודע על העיקר.

לדעת הרא"ש דס"ל שאין גלגול כשטוען איני יודע על העיקר הדרא קושיא לדוכתיה אמאי חייב הכא בברי ושמא למאי דקי"ל לאו ברי עדיף. וי"ל שהרא"ש יתרץ כמו שכתב השיטמ"ק בשם הראב"ד דמ"ד לאו ברי עדיף יעמיד מתני' כגון דקיימא באגם דליכא מוחזק אלא רק מ"ק, וסובר הראב"ד שכנגד חמ"ק כו"ע מודו דברי עדיף. ומה שהרמב"ן לא תירץ כן הוא משום דאזיל לטעמיה דאית ליה בב"ב ל"ד דכשם שלא מהני ברי"ש להוציא ממון מחזקתו כך לא מהני ברי"ש נגד חמ"ק. והובא מחלוקת זו של הראב"ד והרמב"ן אי מהני ברי"ש להוציא מחזקת מ"ק ברע"א בשו"ע ס' רכ"ג סע' ב' ובקנה"ס כלל א' אות ז'. ולענין רוב נגד חמ"ק הקנה"ס כלל ו' אות י"א מספקא ליה, והש"ש ש"ד פכ"ד כתב דמהני ומדמה למה שמבואר בתוס' בב"ב ל"ב: דמהני מגו נגד חמ"ק. ועיין מש"כ בזה הקצה"ח ס' פ"ב סק"ג. וע"ע לקמן בסוף העמוד שהובא מה שכתבו הראשונים עוד בהא דלא הקשו מכאן על המ"ד ברי עדיף.

ולחזי ברשותא דמאן קיימא. מבואר שגם אם נמצא ביד הלוקח צריך המוכר להביא ראיה להוציא ממנו. והקשו התוס' אמאי מהני תפיסת הקונה הא הגודרות אין להם חזקה. דברי התוס' לכאורה אינם מובנים דכלל זה דגודרות אין להם חזקה נאמר כשלא ראינו תפיסה דבעלמא אמרינן דאחזוקי אנשי בגנבי לא מחזקינן ומסתמא המחזיק לא גנב את הממון אלא הגיע לידו מבעליו וחזקה מה שתחת יד אדם שלו. לגבי זה אמרינן דגודרות ליכא ראיה מזה שנמצא אצלו שזה דשמוא באו הגודרות לרשותו מאליהם וכיון שיכול להגיע לרשותו בלי מעשה גזילה ליכא חזקה שזה שלו. אבל היכא דתפס בפנינו אין נ"מ בין גודרות לדבר אחר. והוי להו לתוס' להקשות אמאי מהני תפיסה הא קי"ל תקפו כהן מוציאים מידו. ובאופנים דמהני תפיסה בפנינו גם בגודרות יועיל תפיסה דלענין תפיסה בפנינו לכאורה אין נ"מ בין גודרות לדבר אחר. ע' ברש"ש שהקשה כן וכבר עמד בזה התומים בקיצור תקפו כהן עמ' מ' טור ב'. וכתב התומים לחדש שהתוס' ס"ל דכמו שיש ראשונים דס"ל שלא מהני תפיסה בקרקע [ע' בזה לקמן ק"ב:] והיינו משום דלא נחשב הקרקע בחזקתו ע"י תפיסתו, כך בגודרות שיכולים ללכת מעצמם מה שהוא מחזיקם תחת ידו אין זה נחשב בחזקתו, וגם לגבי תפיסה בפנינו יש חסרון בתפיסת גודרות. ובה מיישב התומים מה שמקשים על הסוכרים דמהני תפיסה בטענת ברי מסוף פרק המניח. דהתם איירי בתפיסת בעלי חיים ולא מהני משום דגודרות אין להם חזקה ולא תפיסה.

הקנה"ס בכלל ב' אות ח' תמה על התומים דאב לכל התפיסות הוא ספק בכור תקפו כהן, והוא גודרות. ומבואר שאין נ"מ בין גודרות לשאר חפצים לענין תפיסה בפנינו. ומה שמקשה התומים על תוס' דידן מבאר הקנה"ס שהתוס' באו לאפוקי בזה מדברי הריטב"א והר"ן שהובאו בשיטמ"ק שבאו לישב אמאי מהני תפיסה כאן הא קי"ל דתקפו כהן מוציאים מידו. וכתבו דלא איירי הכא בתפס בפנינו אלא שמוציאים את הולד ברשות הלוקח וצריך לתלות שהוא לא גנב את הולד אלא שהגיע לידו מהבעלים. וכדי להוציא מפירוש זה כתבו התוס' דא"א לפרש בתפס שלא בפנינו מדין טענת לקוח שהרי הגודרות אין להם חזקה. וע"כ דשאלת הגמ' נחזי ברשותא דמאן קיימא אינו מכח טענת לקוח אלא איירי בתפס בפנינו, וע"ז קשה לתוס' אמאי מהני תפיסה הא קי"ל תקפו כהן מוציאים מידו. ואף שהתוס' לא הזכירו בקושייתם הדין של ת"כ מוציאים מידו, וגם בת' כתבו דמהני תפיסה בטענת ברי אבל בטענת שמוא סברא שלא תועיל חזקתו מספק, והוי להו למימר דלא מהני דקי"ל ת"כ מוציאים מידו, עיין בשיטה בשם הרא"ש שכתב בת' התוס' דמהני תפיסה כאן משום דהוי תפיסה בטענת ברי ומוסיף דבטענת שמוא לא מהני תפיסה משום דקי"ל ת"כ מוציאים מידו. והראשונים שכן כתבו דאיירי בתפס שלא בפנינו ובטענת לקוח כתבו דלא קשיא מהא דגודרות אין להם חזקה דאיירי במסירי לרועה ואינם הולכים לבד ובכח"ג איכא חזקה גם בגודרות כמבואר בב"ב ל"ו. שאני עיזי דמסירי לרועה ובכתובות פ"ד: שאני תורי דמסירי לרועה.

במה שתמה הקנה"ס על התומים דס"ל דלא מהני תפיסה בפנינו בגודרות אפי' באופן דמהני בשאר חפצים מתקפו כהן, נראה דנתבאר שסברת התומים הוא כמבואר בדבריו דבכל מטלטלין כשרואים ביד אדם רואים את זה בחזקתו משא"כ גודרות שהולכים מעצמם אין החזקתו מחשיבו מוחזק דרואים אצלו דבר שיכול לבא לרשותו מאליו, וזה חסרון במוחזקות גם בתפס בפנינו. אך כ"ז רק כשבאים ע"י החזקה להוציא את הממון מחזקת מ"ק, אבל היכא דאין תפיסתו נגד חמ"ק סגי גם בתפיסה של גודרות. וידוע שהרשב"א בתש"ו ש"א כתב בדעת הרמב"ם דלגבי ספק בכור ליכא לבעלים חמ"ק והובאו דבריו בביאור הגר"א יו"ד ס' שט"ו סק"ב. וכשאין התפיסה נגד חמ"ק גם התומים מודה שמהני תפיסת גודרות אם תפס באופן דמהני תפיסה בשאר דברים. אך העירוני דאכתי קשה מספק פדיון פט"ח שנכנס לדיר להתעשר והגמ' תולה בת"כ והתם איכא חמ"ק על השעה.

וי"ל כיון דאיכא דררא דממונא וטוען ברי אין להוציא מידו. התוס' לעיל ו: ובכתובות כ. הקשו סתירה ממסקנת הגמ' בסוגיא דתקפו כהן דלא מהני תפיסה בספיקות לגמ' בכתובות כ. דמהני תפיסה בספק. ולעיל תרצו דשאני ההיא דכתובות דאיירי

שתפס קודם שנולד הספק ובזה מהני תפיסה משא"כ בספק בכור התפיסה היא אחר שנולד הספק ובזה קי"ל דמוציאים מידו. בכתובות כ. כתבו עוד לחלק בין תפיסה בטענת שמא שלא מהני לתפיסה בטענת ברי דמהני. ועל פי תירוצו זה כתבו כאן דמה דמהני תפיסת הלוקח בולד הוא מפני שתופס בטענת ברי. ומה שכתבו דתפיסה בטענת ברי מהני רק כשיש דררא דממונא הוא פשוט מגמ' ומסברא. דמבואר בדין של נסכא דר"א שאם תופס בפנינו לא מהני תפיסתו ואמאי לא מהני מדין תפיסה בטענת ברי. ועוד שאם יועיל גם בלי דררא דממונא לא שבתק חיי לכל בריה דכ"א יתפוס ממון חברו ויטען ברי שזה שלו. ועיין בקונה"ס בכלל ב' אות ה' שכתב בפשיטות דתפיסה בטענת ברי מהני רק בדררא דממונא אך לא הביא שמפורש כן בתוס' דידן.

התוס' בב"ב ב. הקשו מ"ש הכא דמהני תפיסת הלוקח מכותל שנפל לרשות של אחד דלא מהני תפיסתו. ותרצו שבכותל מעיקרא נולד הספק ואם היו באים לחלוק לפני נפילת הכותל היו חולקים בשהו משא"כ במחליף פרה בחמור ברשות אחד מהם נולד הספק. הקונה"ס בכלל ב' אות ז' כתב ב' דרכים בביאור דברי התוס' בב"ב, והביאור הפשוט הוא כמו פירושו השני דס"ל שמה דמהני תפיסה הכא אינו משום דהוי תפיסה בטענת ברי כמו שכתבו כאן אלא משום דאיירי שתפס קודם שנולד הספק. משא"כ בכותל הספק נולד לפני נפילת הכותל והתפיסה היא אחר לידת הספק. דהיינו שהתוס' כאן פרשו התפיסה כאן ע"פ תירוצם הראשון בכתובות, והתוס' בב"ב פרשו ע"פ תירוצם השני בכתובות.

בדברי התוס' בב"ב ב. שכתבו דהכא איירי בתפיסה קודם שנולד הספק יש חידוש בדין תקשנה"ס. שהאופן של תפיסה קשנה"ס שנזכר בתוס' בכתובות הוא שבזמן התפיסה היה הממון מגיע לו ובזמן שתפס התפיסה היתה כדין, ואחרי התפיסה נולד ספק שמא תפס שלא כדין. באופן זה אמרינן דכיון שבשעת תפיסה הוא תפס כדין הוא נעשה מוחזק ע"י תפיסתו, ואח"כ כשנולד הספק נשאר הממון בחזקתו. אבל הכא אם תפס לפני לידת הספק הוא תפס בזמן שבדאי לא היה מגיע לו וא"כ לכאורה אין מעלה בתפיסה זו. ועיין בקונה"ס בכלל ג' אות ו' שמאריך בענין זה וכתב שמסברא נראה דכה"ג לא חשיב תפיסה קשנה"ס, אבל מביא כמה אחרונים דלא ס"ל כן. ומבאר הקונה"ס דברייהם דס"ל שמעלת תפיסה קשנה"ס אינו משום שאין התפיסה דרך גזילה כיון שבזמן התפיסה הממון היה מגיע לו, אלא הענין של תפיסה קשנה"ס הוא שע"י תפיסה זו הוא גרם שהממון יהיה בידו בשעת לידת הספק, והדין מוחזק נקבע לפי מי שהממון נמצא בידו בשעת לידת הספק. לכן לא איכפת לן מה שהתפיסה היתה בודאי שלא כדין דסו"ס עי"ז הממון נמצא בידו בזמן לידת הספק. וכדברי הפוסקים האלה מוכח מכאן לפי דברי התוס' בב"ב. ועיין בקונה"ס בכלל ב' אות ז' שכתב שמדברי התוס' בב"ב מוכח שמהני תפיסה בשעת לידת הספק ולא בענין לפני לידת הספק. וכתב ע"ז הקונה"ס ודבר זה יתבאר לקמן בכלל הסמון, אך לא כתב שבתוס' מוכח דלא כשיטתו בכלל ג'.

בגדר הדין של תפיסה בטענת ברי בפשטות מעלת טענת ברי הוא דהיכא דתופס ואינו יודע אם הממון שלו אינו נעשה מוחזק ע"י תפיסתו דאין זה אלא מעשה גזילה כיון שהוא עצמו אינו יודע אם הממון שלו או לא. משא"כ כשטוען ברי הוא נעשה מוחזק ע"י התפיסה. הקונה"ס בכלל ב' אות ד' כתב טעם חדש בביאור הענין של תפיסה בטענת ברי. שבכל מקום שבאיסורין לא מעמידים על חזקה קמייתא בממון לא מעמידים על חמ"ק וממילא מהני תפיסה כיון שאין חמ"ק כנגדו. ושיטת הרשב"א שבמקום שהבע"ד טוען ברי ליכא דין חזקה באיסורין לכן מהני תפיסה בטענת ברי בממון. וכלל זה כתב הקונה"ס בג' מקומות. א. בכלל א' אות ה' לענין תפיסה בתרי ותרי. ב. בכלל ב' אות ד' לענין תפיסה בטענת ברי. ג. בכלל ד' אות ד' לענין תפיסה בספיא דדינא יעו"ש. וכדבריו לגבי ספיא דדינא כתב גם רע"א בתש' ל"ז בד"ה ובזה.

השו"ע בס' רכ"ג פסק שאם נמצא הולד ברשות הלוקח על המוכר להביא ראייה שנולד אחרי הקנין ולא התנה המוכר שזה דוקא אם הלוקח טוען ברי או שהיה ברשותו לפני לידת הספק. וכתב הקצות שם סק"א שהשו"ע פסק כשיטת הרמב"ם שבכל ספק ממון מהני תפיסה ולכן ס"ל דלא בעינן טענת ברי ולא קודם שנולד הספק. אמנם העירוני דלפי מה שכתב הרשב"א בתשובה ס' שיי"א, והובא בגאון יו"ד ס' שט"ו, שהרמב"ם ס"ל דמהני תפיסה רק כשאין התפיסה נגד חזקת מ"ק א"א לומר כן דהכא מפורש בגמ' שהתפיסה הוא נגד חמ"ק. ואף שהקשו מזה על הרשב"א שכתב שבספק בכור אין חזקת מ"ק אף שהעובר היה ודאי של ישראל ומ"ש ממה שמבואר כאן דאיכא חזקת מ"ק מפני שהעובר היה שלו עד המכירה, עיין קה"ס ט' מש"כ לחלק בזה בין ספק בכור דליכא חמ"ק לספק במכירת הולד שיש חמ"ק.

נמצא הדרכים בביאור מה שמהני תפיסת הלוקח כאן א. לתוס' כאן איירי בתפיסה בטענת ברי. ב. לתוס' בב"ב איירי בתפיסה קודם שנולד הספק. ג. לריטב"א ולר"ן איירי בתפס שלא בפנינו ומהני מדין טענת לקוח. וכן צ"ל לדעת הרמב"ן דס"ל דלא מהני תפיסה בטענת ברי כמש"כ הקונה"ס בכלל ב' אות ג' וד' ולא קודם שנולד הספק כמש"כ הקונה"ס בכלל ג' אות א', וא"כ אינו יכול לפרש תפיסה דהכא כתוס' דידן ולא כתוס' בב"ב, וכתב הקונה"ס כלל ב' אות ג' דע"כ יפרש הרמב"ן כריטב"א והר"ן דאיירי בתפיסה שלא בפנינו מדין טענת לקוח. ד. הקצות כתב שלדעת הרמב"ם מה שמהני תפיסה הכא הוא משום דס"ל דקי"ל בכל ספק ממון ת"כ אין מוציאים מידו. וכבר נתבאר שלדעת הרשב"א א"א לומר כן אלא צ"ל גם לרמב"ם כאחד משאר התירוצים. ה. בדברי המהרש"ל בתוד"ה הא מני מבואר שבתוס' שם יש תירוצ' נוסף על השאלה אמאי מהני הכא תפיסת הלוקח, דכיון דאיכא חזקת מעוברת שמצטרפת לחזקתו של התופס אין מוציאים מידו ויבואר בס"ד בתוס' שם.

ולא דמי לאחד שהפקיד טלה וכו'. הקשו על מה דכתבו דלא מהני תפיסת הלוקח בטענת שמא שבכורות מבואר באחד שהפקיד טלה אצל בעה"ב ויש לבעה"ב ג"כ טלה חי ומת אחד מהם ולא ידוע איזה מת, אמרינן שהמפקיד הוא המוציא ועליו הראייה אף דתפיסתו של בעה"ב הוא מספק שאינו יודע אם שלו מת או לא. עיין קונה"ס כלל א' אות ד' שכתב שדברי התוס' לכאורה אינם מובנים מאי קשיא להו מבכורות, דכל הנידון אי מהני תפיסה בספק או לא הוא רק כשהתפיסה הוא נגד חזקת מ"ק אבל כשאינו נגד חזקה בודאי מהני תפיסה. וא"כ מאי קשיא להו מבכורות שאני התם דליכא מ"ק נגד התפיסה שהספק הוא של מי היה הטלה החי מעיקרא. אמנם מדברי התוס' שכן הקשו משם מבואר דס"ל שגם במקום שאין חמ"ק נגד התפיסה אין התפיסה שתפס בטענת שמא יכול לשנות את המוחזקות. וכן מבואר מדברי התוס' בב"ב ב. שהובא לעיל שכתבו לגבי כותל חצר שנפל דלא מהני התפיסה מפני שזה תפיסה אחר שנולד הספק אף שגם שם הנידון הוא מי בנה את הכותל מעיקרא ואין התפיסה נגד חזקת מ"ק.

התם היה מוחזק בודאי טלה חי מעיקרא. לכאורה כונת התוס' שא"א להוציא מבעה"ב מפני שידוע שהיה לו טלה חי ואולי זה הטלה שהיה ידוע כשלו. אך צ"ב מה בכך שהיה לו ודאי טלה חי הרי גם המפקיד היה לו ודאי טלה חי. ואם הכונה שעל הצד שזה הטלה שלו הוא מוחזק בו שאין זה תפיסה, ואף שעל הצד שאין זה הטלה שלו לא מהני תפיסתו מ"מ סגי בספק מוחזק כדי שלא להוציא ממנו, ואף שהקונה"ס בכלל ח' אות ב' כתב דלא מהני ספק תפיסה היינו דוקא כנגד מ"ק אבל כאן שאין

חמ"ק כנגדו סגי בספק מוחזק. אך א"כ לא היו צריכים התוס' לומר שהיה לו ודאי טלה חי דה"ה אם יש רק טלה אחד ויש ספק אם זה פקדון או שזה של בעה"ב שאז אין לו ודאי טלה חי מעיקרא מ"מ על הצד שזה שלו הוא מוחזק וא"א להוציא ממנו מספק.

ואולי כונת התוס' אינו שהיה טלה חי שהוא ודאי שלו אלא הוא היה בודאי מוחזק בטלה חי לפני לידת הספק, דהיינו שתירוצם הוא ששם מהני תפיסה בטענת שמא מפני שזה תפיסה קודם שנולד הספק משא"כ כאן ס"ל ששאלת הגמ' נחזי ברשותא דמאן קיימא היינו שאם נמצא ברשות הקונה לא נוציא ממנו אפי' שהגיע לידו אחר לידת הספק, וזה מהני רק בטענת ברי, ולא כמו שתירצו התוס' בב"ב ששאלת הגמ' נחזי הוא שאם זה היה ברשותו לפני לידת הספק לא נוציא ממנו. אמנם א"כ דברי התוס' יהיו דלא כדברי התה"ד שהובא בקונה"ס כלל ג' אות ד' שמה שהממון היה ברשותו בתורת שאלה ופקדון אינו נחשב תפיסה קודם שנולד הספק. אך לדברי הפוסקים שמביא הקונה"ס בכלל ג' אות ו' דס"ל שגם אם בזמן התפיסה בודאי לא היה מגיע לו מ"מ מהני התפיסה, והטעם הוא כמו שמבאר הקונה"ס שם דס"ל דלא בעינן דוקא קודם לידת הספק אלא העיקר הוא שעת לידת הספק, א"כ בודאי שגם תפיסה של פקדון מהני דבעת לידת הספק כבר אינו מחזיק בתורת פקדון וחשיב כתפיסה בשעת לידת הספק דמהני לכמה פוסקים וכן מוכח בתוס' בב"ב כמו שהובא לעיל. א"כ י"ל שגם התוס' כאן ס"ל כן וזה תירוצם שבכורות זה תפיסה קודם שנולד הספק לכן מהני אפי' בטענת שמא משא"כ כאן תפיסת הלוקח הוא אחר לידת הספק ולא מהני אא"כ טוען ברי.

מדברי הנתיבות בס' סק"ד מוכח שלא פירש כך את דברי התוס', שכתב שלפי תי' התוס' יהיה הדין שאם ראובן הפקיד אצל שמעון עשרה טלאים ולא ידוע כמה טלאים היו לשמעון אם עשרה או חמשה. ומתו טלאים ולא ידוע כמה מתו ונשארו עשרה טלאים, אף ששמעון הוא מוחזק בכל העשרה טלאים ויש צד שכולם שלו מ"מ כיון שלא היה ודאי אלא בחמשה טלאים הוא נחשב מוחזק רק בחמשה טלאים. הרי שלא פירש את דברי התוס' דחשיב תפיסה קודם שנולד הספק אלא שלא מוציאים מהשומר מפני שידוע שהיה לו טלה חי מעיקרא. ולכאורה אינו מובן מה בכך שידוע שהיה לו טלה חי הרי ידוע גם שלמפקיד היה טלה חי. ואם סגי במה שיש צד שזה שלו שא"א להוציא ממנו א"כ גם במקרה של הנתיבות לא יוציאו. וצ"ע בביאור סברת התוס' לפי הבנת הנתיבות.

ונוקמא אחזקת מ"ק ולהוי אידך המוציא מחברו עליו הראיה. ידוע מה שנסתפק הקונה"ס בגדר חזקת מריה קמא אם זה חזקה דמעיקרא ככל חזקה קמייתא דאיסורין או שאין זה חזקה המכרעת אלא שגם כשאין הממון ברשותו זה נחשב בחזקתו כיון שעד היום הוא היה הבעלים וכיון שהממון עדיין בחזקתו על המוציא ממנו להביא ראיה. ושמעתי ממון הגר"ש רובסקי זצ"ל לפשוט ספק זה מלשון הגמ' כאן ונוקמא אחזקת מ"ק ולהוי אידך המוציא מחברו עליו הראיה. הרי מבואר דאף דאיכא חמ"ק צריך להגיע לכלל של הממעה"ה א"כ מוכח שאין זה חזקה המכרעת, שבספק איסור דאורייתא היכא דאיכא חזקת איסור לא צריך להגיע לספק דאורייתא לחומרא דאין זה ספק איסור אלא ודאי איסור. ואם חמ"ק הוא כחזקה קמייתא דאיסורין אין זה ספק ולא צריך להגיע לכלל של הממעה"ה. אלא מוכח מזה שגם אחר החזקה נשאר ספק והחזקת מ"ק רק גורם שהממון בחזקת המ"ק והשני נחשב מוציא וממילא עליו הראיה. וע"ע בענין זה בתוד"ה הא מני.

הא מני סומכוס היא. רוב הראשונים ס"ל דק"ל כרבנן דאמרין הממעה"ה בין היכא דקיימא ברשותא דחד מינייהו בין בקיימא באגם חוץ מהרשב"ם בב"ב קכ"ו: שפסק כסומכוס שחולקים כמו שהביא הקנה"ס בכלל א'. הרמב"ם בפ"כ ממכירה הי"א כתב שאם שניהם טוענים שמא והולד אינו ברשות אחד מהם יחלוקו. ונחלקו הגאון והב"ח בביאור שיטת הרמב"ם. הגאון כתב בס' רכ"ג סק"א שהרמב"ם פסק כסומכוס דחולקין אבל ס"ל כן רק בשמא ושמא וכשאין מוחזק אלא רק חמ"ק. הב"ח בס' רכ"ג כתב שהרמב"ם ס"ל שגם לרבנן מה דאזלינן בתר חזקת מ"ק היכא דקיימא באגם היינו דוקא כשהמ"ק טוען ברי אבל לא אזלינן בתר חמ"ק כשהמ"ק טוען שמא אלא חולקין. וכתב הב"ח שכן דעת הר"ף ע"ש. ועיין בקונה"ס כלל א' אות ג' שכתב לבאר ע"פ דברי הב"ח את דברי הר"ף בריש פרק המפקיד.

תוד"ה הא מני. הקשו אמאי אמרו הא מני סומכוס נימא דהכא גם רבנן מודו כיון שיש חזקת מעוברת נגד חזקת מ"ק והוי חזקה נגד חזקה לכן חולקים. דהיינו שהיה פשוט לתוס' דאיירי הכא שזמן המכירה ידוע והספק הוא בזמן הלידה. שאם נאמר שזמן הלידה ידוע והספק הוא על זמן המכירה אין מקום לחזקת מעוברת. ומה שכתב בספר דרכי דוד כאן שהספק הוא בזמן המכירה הוא לכאורה דלא כתוס' [עייין בזה בחי' האו"ש כאן על תוד"ה הא מני]. ותירצו דחזקת מ"ק חשיבא טפי. הש"ש ש"ד פ"ב מבאר דברי התוס' דכיון שהפרה ילדה לפנינו איכא חזקה דהשתא שילדה לפני המכירה ומצטרף החזקה דהשתא לחמ"ק והוי תרתי נגד חזקת מעוברת כמו במקרה שנמדד ונמצא חסר שמצרים את החזקה דהשתא שהמקרה חסר לפניך לחזקת הטמא והוי תרתי נגד חזקת הכשרות של המקרה. ובזה מבאר הש"ש את דברי הרמב"ם שפסק בקיימא באגם יחלוקו וקשה הא קי"ל כרבנן דסומכוס. וכתב הש"ש דהכא איכא חזקת מעוברת נגד חמ"ק אלא שכתבו התוס' שחמ"ק חשיבא טפי, והיינו משום דאיכא תרתין. והרמב"ם לשטתו ס"ל בפ"ה מתרומות שגם במקום דאיכא תרתין הוי ספק לכן ס"ל דחולקין.

נמצא ג' דרכים בשיטת הרמב"ם א. לב"ח הרמב"ם ס"ל שבשמא ושמא לא אזלינן בתר חמ"ק. ב. לגאון הרמב"ם פסק כסומכוס. ג. לש"ש כאן חולקים משום דאיכא חזקת מעוברת נגד חזקת מ"ק.

עוד י"ל בביאור דברי התוס' ע"פ הספק של הקונה"ס שהובא לעיל בגדר חמ"ק. שבקושיית התוס' שהקשו לוקמה כרבנן וחולקים משום דאיכא חזקת מעוברת כנגד חמ"ק מוכח דס"ל שחמ"ק הוא חזקה דמעיקרא, וכיון דאיכא חזקה נגד חזקה חולקים. אבל אי אמרינן שחמ"ק אינה חזקה אלא דין מוחזק אין סיבה שיחלוקו, אלא אם חזקת מעוברת מהני להוציא מחזקת מ"ק יהיה הכל של הלוקח, ואם לא מהני להוציא מחמ"ק יהיה הכל של המוכר. וא"כ י"ל שזה גופא תירוצו התוס' שאין חמ"ק חזקה המכרעת אלא דין מוחזק ולא מהני חזקת מעוברת להוציא ממון מחזקתו. וכמו שרוב לא מועיל להוציא ממון ממוחזק ודעת הקונה"ס בכלל ו' אות י"א שגם מחזקת מ"ק אין רוב מוציא כך חזקת מעוברת לא מהני להוציא ממון מחמ"ק.

ואם היה עם חזקת ממון חזקת מעוברת אפי' סומכוס מודה דהממעה"ה. נחלקו המהרש"ל והמהרש"א בביאור דברי התוס'. המהרש"א ס"ל שחזקת ממון שכתבו התוס' היינו חזקת מ"ק. אבל תפיסת הלוקח בטענת שמא אינה נחשבת חזקת ממון ולא מהני אפי' בצירוף חזקת מעוברת. ובסוגיין חזקת מעוברת היא נגד חמ"ק, ובזה לרבנן אזלינן בתר חמ"ק ולסומכוס חולקים. וכתבו התוס' שבמקום שחזקת מעוברת מסייעת לחמ"ק מודה סומכוס שנשאר הממון בחזקת מ"ק. והביאו ראיה לזה מב"ק מ"ו.

והקשו מכח זה על המשנה לעיל צ"ז: וכל זה לא נוגע לתחילת דברי התוס' ולא לסוגיא דידן דהכא החזקת מעוברת היא נגד החזמ"ק. המהרש"ל ס"ל שחזקת ממון שנזכר בתוס' כולל גם תפיסת הלוקה, ומה שכתבו בדבור שלפני זה שלא מהני תפיסת הלוקה בטענת שמא זה לשיטת הרשב"ם, אבל התוס' כאן ס"ל שגם בטענת שמא מהני הכא תפיסת הלוקה. ועל מה שקשה דק"ל תקפו כהן מוציאים מידו כתבו כאן שזה רק כשאין חזקה המסייעת לתופס משא"כ כאן שחזקת מעוברת מסייעת לתופס מהני תפיסתו. דהיינו שבתוס' זה יש הסבר נוסף למה שנתקשו התוס' בדבור שלפני זה אמאי מהני הכא תפיסה דשאני הכא דאיכא חזקה עם תפיסת התופס. ועיין בנתיבות ס' רכ"ג סק"ג ובתרומת הכרי ס' רכ"ד שכתבו שהעיקר בזה כמהרש"ל ולא כמהרש"א.

מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא. ביאור דברי הגמ' הוא דאף שאם לא היה המוכר מודה במקצת היה הדין יחלוק, כשהוא מודה במקצת וחייב שבועה א"א להשביע ואח"כ לעשות חלוקה, שאם מחייבים שבועה צריך לקבל את כל מה שנשבע עליו. נמצא שהורע כוחו של התובע ע"י שהנתבע מודה במקצת ומתחייב שבועה. ויש לעיין בזה אמאי אין התובע יכול לומר לנתבע דל אנת ודל שבעתך כמבואר לעיל ל"ה: דהיכא שיש לתובע הפסד משבועתו של הנתבע יכול לומר שהוא אינו תובע שבועה ויהיה הדין כאילו לא היה כאן חיוב שבועה. וא"כ גם כאן יאמר התובע שאינו רוצה להשביע ולא יפסיד התובע את הדין חלוקה. וראיתי שעמד בזה מרן הגר"מ שך זצוק"ל באבי עזרי פ"כ ממכירה ה"ד בד"ה ואשר וכתב דאח"כ אם ירצה התובע לוותר על חיוב השבועה ולתבוע חלוקה הוא יכול לעשות כן דלמה יגרע כוחו מפני חיוב שבועה שעל הנתבע. אלא שאם אינו רוצה לוותר על חיוב השבועה מפני שחושב שע"י יודה הנתבע וישלם הכל אינו יכול לדרוש שישבע ואחר שנשבע לדרוש חלוקה, שאם משביעו צריך לקבל כל מה שנשבע עליו. אבל אם אינו משביע יכול לתבוע חלוקה.

מדברי האו"ש בפ"א מטו"נ הי"ב נראה דמבואר שלא למד כן. שרש"י כתב בד"ה מודה סומכוס דהא דאיכא הכא שבועה דאורייתא הוא משום דלקמן מוקמינן לה בדקטעה לידה וכו'. ותמה הגאון אמאי נקט רש"י אוקימתא זו שאינה נשאת למסקנא ולא האוקימתא של גלגול שנשאר למסקנא. וכתב האו"ש ע"פ מה שמסתפק שם בדין גלגול שבועה אי בעינן שיתבע התובע את שבועת הגלגול או שבי"ד מעצמם מחייבים את הנתבע שבועה על כל טענת הגלגולים גם בלי שהתובע יתבע את שבועת הגלגול. וכתב האו"ש שנחלקו הראשונים בזה. שבריטב"א לעיל בסוגיא דשכורה ושאוולה מבואר דליכא גלגול בלי תביעת התובע שישבע על הגלגולים, וכן מבואר בריטב"א בקידושין כ"ח: אך הנ"ל לעיל ד. ס"ל שלא צריך לתבוע את שבועת הגלגול וכן מבואר בשו"ע ס' צ"ד סע' א'. וכתב האו"ש דרש"י ס"ל כשיטת הריטב"א דליכא גלגול בלי תביעת התובע. ולכן לא פירש רש"י הא דמודה סומכוס לתי' של גלגול דכיון שכאן מפסיד התובע ע"י חיוב שבועה שעל הנתבע שהרי הוא מפסיד ע"י את הדין יחלוק, א"כ בודאי לא יתבע את הגלגול ולא שייך לומר בזה מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא. המ"ד דמפרש מתני' בגלגול לא יתכן מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא אלא יאמר כרבא דסומכוס סובר יחלוק רק בשמא ושמא והכא בכרי וברי לכן יש חיוב שבועה ואין דין חלוקה. ורק לקמן בסוף הסוגיא אמרין מודה סומכוס היכא דאיכא שבועה דאורייתא דהתם קאי על הברייתא של מחליף פרה בחמור ושם לא איירי בגלגול, ורק במשנה שנזכר גם שדה קטנה וגדולה שהוא קרקע השבועה הוא מדין גלגול.

ומבואר באו"ש שרק כשהשבועה הוא מדין גלגול יכול התובע לא לתבוע את הגלגול וישאר דין יחלוק, אבל היכא דאיכא שבועה בלי גלגול אינו יכול לוותר על החיוב שבועה ולתבוע חלוקה, וזה דלא כדברי האבי עזרי. אך צ"ב בסברת האו"ש אמאי אינו יכול לומר תמיד דל אנת ודל שבעתך, ולמה יגרע כוחו של התובע בגלל חיוב השבועה שעל הנתבע.

מה שטענו לא הודה לו. שאלת הגמ' היא על סיפא דמתני' בעבד גדול ועבד קטן שאם שניהם ברי ישבע המוכר, ואמאי נשבע הרי אין ההודאה ממין הטענה, ועוד דהוי הילך, ועוד דאין נשבעין על העבדים. הגאון מקשה אמאי לא הקשו גם על הרישא דלוקה אומר גדול והלה אומר איני יודע זכה הלוקה בגדול, דקשה מכאן על המ"ד ברו"ש לאו ברי עדיף. וכתבו הרמב"ן והנ"י דאיירי כשיש עסק שבועה ביניהם, ואף שאין נשבעין על העבדים משכחת לה כשתובע גם את הכסות של העבד הגדול והוא אומר איני יודע שמא מכר לו עבד קטן וכסותו. וכיון דאיכא הודאה במקצת על הכסות מגלגלין שבועה גם על העבדים ומתוך שאינו יכול לישבע משלם. וכיון שהחיוב הוא מכח חיוב שבועה אמאי לא הקשו ע"ז מה שטענו לא הודה לו. וכתב הגאון שאפשר לפרש את הרישא אליבא דסומכוס ולסומכוס אפשר לחייב מדין ברי ושמא בלי עסק שבועה. ולמסקנא שיש חיוב שבועה ניחא גם לרבנן דסומכוס. ומוסיף הגאון שלחולקים יהיה הרישא גם למסקנא כסומכוס. דהיינו שלראשונים דס"ל שאין מתוך על שבועת הגלגול א"א לפרש את הרישא מכח עסק שבועה, ולדידהו ע"כ הרישא כסומכוס. וכ"כ בביאור הגר"א ס' ע"ה סקמ"ו יעו"ש. והדברים לכאורה אינם מובנים שהגמ' אומרת על מתני' דלעיל צ"ז: דקאי אליבא דסומכוס ש"מ מנה לי בידך והלה אומר איני יודע חייב. ומבואר שאין לחלק בזה בין סומכוס לרבנן כמו שביארו התוס' שם בד"ה לימא. וכדברי הגאון כתב גם התוס' ר"ד בב"ק צ"ו: והובא בקו"ש שם אות קכ"ב, ותמה הקו"ש דמוכח בגמ' לעיל שאין לחלק בזה בין סומכוס לרבנן. וכן קשה על הגאון וצ"ע.

עוד כתב הגאון שם שהמרדכי בפ"ק דכתובות ס' קל"ז מישב הא דמבואר כאן במשנה שמחייבים את המוכר כשהלוקה טוען ברי אף דק"ל ברו"ש לאו ברי עדיף דג' אופני שמא איכא. א. שמא טוב כההיא דב"ק גיזק אומר ברי ומזיק שמא דבזה לכו"ע לאו ברי עדיף. ב. היכא שהשמא קצת גרוע כגון במנה לי בידך פליגי אי ברי עדיף או לא. ג. היכא שהשמא גרוע ביותר וניכר רמאות כגון שאינו יודע איזה עבד מכר לכו"ע ברי עדיף. ולכן לא הקשו מכאן על מ"ד לאו ברי עדיף. ומשמע במרדכי שהכל תלוי בשמא אם הוא גרוע או לא ולא אם הברי הוא טוב או לא. ולא כדמוכח בתוס' לעיל צ"ז: שתלוי בכרי ולא בשמא. והובא לעיל צ"ז: שהקו"ש בב"ב אות תס"א מוכיח שאינו תלוי בשמא שא"כ יהיה נאמן במגו שהיה אומר ברי. וזה טענה על דברי המרדכי שמחלק בין שמא של מנה לי בידך לשמא של עבד גדול שבזה השמא גרוע יותר וניכר רמאות אף שבכרי אין הבדל ביניהם ולמה לא יהיה נאמן בשמא הגרוע במגו שהיה טוען ברי וצ"ע.

הנתיבות בס' ע"ה סק"א כתב דשפיר זוכה הכא בעבד הגדול מכח ברי ושמא אפי' למ"ד לאו ברי עדיף כיון דקאי באגם. ואפי' אי בעלמא אמרין דלא מהני ברו"ש נגד חמ"ק הכא שאני שבודאי מכר אחד מן העבדים. וכונתו על דרך שכתב הש"ש ש"ד פ"ב דאע"ג שבספק בשחיטה איכא חזקת איסור מ"מ בב' חתיכות אחת שחוטה ואחת נבילה שנתערבו אין לאסור כ"א מכח חזקה כיון שאחד מהם בודאי יצא מחזקתו והספק הוא אם זה החתיכה שראינו שנשחט או לא. [הש"ש שם מקשה ע"ז מתוס' בנדה י"ח. ומדברי ר"ה בב' כיתי עדים המכחישים זה את זה ע"ש]. וכן כאן ליכא לאוקמא בחמ"ק כיון שאחד מהם בודאי יצא

מחזקת המ"ק והספק הוא איזה יצא מהחזקה, וע"ז ליכא חזקה ולכן כאן לכו"ע ברי עדיף כיון שאין חזקה כנגדו. ויש לעיין בדבריו שאם בכה"ג ליכא חזקה כיון שאחד בודאי יצא מחזקתו אמאי יחלוקו דמתני' הוא רק לסומכוס כדמשמע בגמ' וכמבואר בתורה דמי עבד הרי במקום דליכא מוחזק וליכא מ"ק גם רבנן מודו שחולקים וצ"ע.

נמצא הדרכים בהא דזוכה הלוקח היכא שטוען ברי והמוכר שמא למ"ד לאו ברי עדיף א. לרמב"ן ונ"י דאיכא עסק שבוועה ע"י גלגול שבוועה חסות ואמרין מתוך על שבוועה הגלגול. ב. לראב"ד כיון דאיירי באגם מהני בור"ש נגד חז"ק. ג. למרדכי היכא דהוי שמא גרוע ביותר שניכר רמאות לכו"ע ברי עדיף. ד. הנתיבות כתב דקיימא באגם וליכא חז"ק כיון שידוע שאחד נמכר והספק הוא איזה נמכר. ה. הריטב"א כתב שר"נ יפרש מתני' כרב בטענו דמי עבד ואיכא מתוך בלי גלגול. ו. בכה"מ כתב דזכה בגדול היינו רק בכסות מדין מתוך ולא בעבד.

בטענו דמי עבד גדול. רש"י מפרש שנתן דמים לשליח שיקנה לו עבד והוא לא עשה שליחותו והנותן תובע חזרה דמי עבד גדול והשליח מודה לו בדמי עבד קטן. התוס' הקשו דא"כ הל"ל שליח ולא מוכר ולוקח. לכן פירשו שנתן כסף לקנות ולא חל הקנין מחמת הכסף משום שהיה במקום שכותבין שטר שכסף אינו קונה או שהתנה שיוכל לחזור בו, והוא חוזר בו ותובע דמי עבד גדול. הש"ך בס' צ"ה סקט"ו כתב שגם לתוס' לא מובן לשון המשנה אמאי נקט עבד גדול וקטן הל"ל זה אומר כך וכך כסף נתתי לך והלה מודה במקצת. לכן מפרש הש"ך דאיירי באופן שנתן דמים כדי לקנות עבד ונתקיים המקח ע"י הכסף. אך איירי באופן שאין המוכר יכול להעמיד ללוקח את המקח כגון שנטלו מחמת המוכר או שהמוכר נתנם לאחר או שהזיקם. ובאופנים אלו חייב המוכר לשלם דמי העבד לקונה, והקונה תובע דמי עבד גדול והמוכר מודה בדמי עבד קטן. ולכאורה דבריו צ"ב דבאופן זה שהמוכר הזיק את העבד שמכר וחייב לשלם דמיו זה דמי קרקע שלדעת הרמב"ם בפ"ה מטו"נ ה"ב הוא כקרקע ולא נשבעים עליו, והובא מחלוקת בזה בשו"ע שם סע' ג' וסע' ו', וא"כ מה הועיל רב בתירומו. ועיין בגאון שם סקט"ז שמשמע מדבריו שמי שסובר דמי קרקע לאו כקרקע יכול לפרש דמי עבד שנזכר כאן כפשוטו דמי מכירת עבד. וצ"ב דא"כ המוכר תובע את הקונה ומפורש במשנה שהקונה תובע את המוכר, וע"כ איירי שלא חל המקח והקונה תובע דמיו.

בטענו כסות עבד גדול. תירוצו זה מתיר את השאלה שאין נשבעין על העבדים, וכן את השאלה שאין ההודאה ממין הטענה דאיירי בדלייפי. ואכתי קשה דהוי הילך. וכתב בזה הנ"י דלאו הילך הוא כיון שאין הבגד שתובע מסוים אלא המוכר נותן לו מתוך הבגד ממקום שירצה. הקצה"ח בס' פ"ז סק"ב מקשה על דברי הנ"י מלעיל ד. שהגמ' מביאה ראיה לר"ה דס"ל הילך חייב מהא דשנים אוחזין בטלית חולקים בשבוועה, וס"ד שהשבוועה הוא מדין מודה במקצת, ומוכח שיש חיוב שבוועה אע"ג דחלק ההודאה הוא בפנינו והוי הילך. ולדברי הנ"י אמאי חשיב הילך הרי אינו חייב לתת חלק מסוים. וכתב הקצות דצ"ל דהתם שאני שלא תלוי ביד הנתבע לתת איזה חלק שרוצה אלא הב"ד עושים את החלוקה כרצונם לכן הוי הילך.

ולכאורה נראה דבל"ה לא קשה משם על הנ"י דשיטת הנ"י שם בדף ד. הוא כשיטת רוב הראשונים שיש הבדל בין דין הילך במלוה להילך בפקדון. שבמלוה כיון שלהוצאה ניתנה לא הוי הילך אא"כ המעות מזומנים מיד לפרעון, משא"כ בפקדון שהוא בעין הרי הוא של המפקיד בכל מקום שהוא ואפי' נמצא באגם ואינו מזומן מיד לפרעון הוי הילך. ומה שחידש הנ"י כאן שאם אין הודאה בדבר מסוים אין זה נחשב הילך היינו שאין בזה את המעלה של פקדון שיחשב הילך אפי' אינו מזומן מיד לפרעון. אבל היכא שחלק ההודאה מזומן מיד לפרעון בודאי חשיב הילך אף שאין ההודאה בדבר מסוים, דלא גרע דבר שאינו מסוים מהודאה של מלוה דהוי הילך אם המעות מזומנים לפרעון. וכונת הנ"י כאן הוא ד"ל דהכא אין זה הילך משום דאיירי שאינו מזומן לפרעון, ואף דהוי כפקדון מ"מ כיון שאין זה דבר מסוים דמי למלוה. אבל לעיל בדף ד. כיון דקאי בב"ד הממון עומד מיד לחלוקה ובזה אף שאינו מסוים אין זה חסרון דלא גרע מהילך דמלוה.

עומרי שדה גדולה עומרי שדה קטנה. כתב השיטמ"ק בשם תר"פ שאין כונת הגמ' שהלוקח תובע עומרי שדה גדולה והמוכר מודה בעומרי שדה אחרת שהיא קטנה, דא"כ אכתי מה שטענו לא הודה לו. וכן כתב הריטב"א בשם התוס' שטענת המוכר הוא שלא מכר אלא שיעור עומרי שדה קטנה מתוך השדה הגדולה. וכתב ע"ז הריטב"א וז"ל כן פירשו בתוס' אבל אין צורך ועיין במהדורא קמא ותשכח עכ"ל. וצ"ב אמאי אין צורך הרי אם נפרש שמודה לו בשדה אחר ישאר השאלה שאין ההודאה ממין הטענה. אך הביאור בדברי הריטב"א הוא דבשבוועה מ. כתבנו בס"ד להסתפק בהא דבעינן הודאה ממין הטענה אם הקפידא הוא רק שיהיה הודאה מאותו מין של התביעה אבל לא בעינן שיהיה ההודאה מתוך התביעה, ואם תובע כור חטין אלו והלה כופר בכל חטין אלו אבל מודה בלתך חטין אחרים, אף שאינו מודה לחלק מן התביעה מ"מ חייב כיון שההודאה הוא ממין התביעה, או דלמא בעינן שיהיה ההודאה מתוך התביעה ואם אינו מתוך התביעה ליכא חיוב שבוועה אף שאין זה מין אחר. ובדברי תר"פ והריטב"א בשם התוס' מפורש שאם תובע עומרי שדה גדולה והנתבע כופר בכל השדה הגדולה ומודה בעומרי שדה אחר קטנה אין זה ממין הטענה אף שההודאה והתביעה הם מאותו מין, דלא סגי באותו מין אלא בעינן שיודה לחלק מן התביעה. ונראה שזה כונת הריטב"א במה שכתב שאין צורך לזה דס"ל שאפי' אם מודה בעומרי שדה אחר זה נחשב ממין הטענה כיון שאין זה מין אחר. נמצא שמה שהסתפקנו בשבוועה הוא לכאורה מחלוקת תר"פ והריטב"א בשם התוס' עם הריטב"א.

דף ק:

סבר לה כר"ג, אכתי הילך הוא. השעה"מ בס' פ"ז סק"ד מקשה אמאי חשיב הילך הרי קי"ל כרבה בר נתן בב"ק ל"ה: שבטענו חטין והודה לו בשעורין פטור אף מדמי שעורין בגלל מחילת התובע או הודאת התובע. והקשו התוס' בשבוועה מ. איך ר"ג מחייב בטענו חטין והודה בשעורין שבוועה על החטין הרי הודאת השעורין אינה מחייבת שעורין לרבה בר נתן וא"כ אין זה הודאה המחייבת. ובתי' השני כתבו התוס' דאע"ג דמפטר מדמי שעורין זה נחשב הודאה לחייב שבוועה על החטין. וא"כ גם כאן כשתובע עבד גדול ומודה בעבד קטן אין המוכר מתחייב עבד קטן בהודאתו כיון דהוי כטענו חטין והודה בשעורין שפטור מדמי שעורין, ואעפ"כ זה נחשב הודאה לחייב שבוועה על העבד הגדול לר"ג. וא"כ מה שאלת הגמ' אכתי הילך הרי מה שפקדון נחשב הילך בכל מקום שהוא זה מפני שמודה בממון שהוא כבר של התובע ואינו מחוסר גוביינא אבל כאן שמה שהוא מודה בו אין התובע זוכה בו א"כ מסברא אין זה הילך. וכתב השעה"מ דמוכח הכא דכיון שלפי דברי הנתבע הממון הוא ממון של התובע בכל מקום שהוא זה נחשב הילך אף שבפועל אין התובע זוכה בממון.

רע"א בשבועות מ"ו. מסתפק במי שתובע את חברו מנה פקדון והנתבע כופר הכל ויש עדים על נ', שהנתבע חייב שבועה מדר"ח קמיתא, אם גם בזה אמרינן דפקדון נחשב הילך בכל מקום שהוא כיון שלדברי העדים הממון שהם מעידים עליו הוא של התובע בכל מקום שהוא ואינו מחוסר גוביינא, או דלמא מה שפקדון נחשב הילך הוא רק כשהנתבע מודה והממון ברשות הבעלים להקדישו, אבל כשכופר הכל ויש עדים על נ' אין הממון שיש עליו עדים ברשות הבעלים להקדיש דהכופר בפקדון הו' גזול ואולי במצב כזה שהממון שמודה בו אינו ברשות הבעלים להקדישו אין זה נחשב הילך אא"כ הממון מזומן לפרעון מיד. ולכאורה יש לפשוט ספק זה של רע"א מכאן שגם לר"ג שמחייב שבועה בטענו חטין והודה בשעורין הגמ' שואלת שזה הילך, אף שלתי' השני בתוס' בשבועות אין המוכר חייב לתת ללוקח את העבד הקטן, וגרע הרבה מהנידון של רע"א ששם ע"פ דין הממון הוא של התובע אלא שאינו ברשותו להקדישו ואעפ"כ יש לרע"א צד לומר שאין זה נחשב הילך, וכ"ש כאן שע"פ דין פטור לגמרי מלתת את הממון לתובע, ובודאי אין התובע יכול להקדיש את העבד הקטן, ואעפ"כ מבואר בגמ' דהוי הילך כמו שהוכיח השע"מ. ומקום הספק של רע"א הוא רק לתי' הראשון של התוס' בשבועות שר"ג לית ליה דרבה בר נתן ולתי' זה ניהא שאלת הגמ' כאן דהוי הילך, אבל לתי' השני של תוס' לכאורה מוכח מכאן שיש דין הילך אפי' אם מה שמודה בו אינו ברשות התובע. גם הנהיבות בס' פ"ז סק"א נקט בפשיטות שהמודה במקצת בחפץ גזול אין זה הילך כיון שחלק ההודאה אינו ברשות הבעלים להקדישו. ודבריו תלויים בספק של רע"א ולתי' השני בתוס' בשבועות מוכח מכאן לכאורה דלא כדבריו.

עבדא דקטע לידיה ושדה שחפר בה בורות. בפשטות כונת הגמ' דחלק זה של ההודאה שחפר, דהיינו דמי יד העבד ודמי הבורות אינו הילך, וחלק זה גורם את חיוב השבועה, אבל שאר העבד והשדה נשאר הילך אף שחפר חלק ממנו, דמה בכך שהוא חסר מ"מ הוא של הבעלים בכל מקום שהוא והוי הילך. אמנם מדברי המ"מ בפ"ה מטו"נ ה"ב מבואר דלא ס"ל כן אלא כיון שחפר יד העבד והקרקע חסר מקום הבורות כל העבד וכל השדה כבר אינו הילך. שהגמ' שואלת לעיל ה. ל"ל קרא למעט קרקע משבועות מודה במקצת ת"ל דהודאת קרקע הוא הילך וכל"ה ליכא שבועה. ומשני כגון שחפר בורות א"צ בכפר קרקע והודה בכלים. והקשה המ"מ לדעת הסוברים שדמי קרקע אינו קרקע א"כ גם התי' הראשון שחפר בורות הוא כתי' השני דהוי הודאת כלים ומה בין התי' הראשון לשני. ותי' שהתי' הראשון מייירי שאינו תובע כלל את דמי החפירות ועל חלק זה אין לא תביעה ולא הודאה. וההודאה המחייבת היא ההודאה על שאר הקרקע. ואינו מוכן דא"כ איזה הודאה מחייבת הרי על חלק הבורות לא היה תביעה כלל ועל שאר הקרקע שכן היה תביעה הודאתו היא הילך. אלא מבואר דנקט המ"מ דכיון שחפר בקרקע בורות ואין הקרקע כמו שהיתה כל הקרקע כולה אינה הילך. אך סברת המ"מ לכאורה אינה מובנת ועיין בתומים ס' צ"ה סק"ז ובאבה"א פ"ה מטו"נ שהקשו על סברת המ"מ.

השיטמ"ק לעיל ה. כתב בשם הר"י מגש וז"ל כי חפר בה בורות וכו' לאו הילך הוא דהא לאו היינו קרקע דקא טעין ליה עכ"ל. מלשון זה מבואר כדברי המ"מ שכיון שהקרקע אינו במצב של הקרקע דקא טעין ליה אין זה הילך. ואם היה החסרון רק בחלק שחפר לא היה צריך הר"י מגש לומר שאין זה הקרקע דקא טעין ליה אלא שאין כאן הילך כלל על אותו חלק שאינו בעין. וכן מבואר בסמ"ע ס' רכ"ג סק"ג שהרמב"ם פסק כברייתא שמובא כאן דמחליף פרה בחמור והלוקח טוען ברי נשבע המוכר, ולא נזכר ברמב"ם דאיירי בדקטע לידיה, וא"כ קשה אמאי נשבע הרי זה הילך. וכתב הסמ"ע דאפי' לא קטע לידיה אין זה הילך גמור כיון שתובע פרה מעוברת ומודה לו בפרה ויקנית. ודבריו לכאורה תמוהים כמו שתמה הט"ז שם דבגמ' מבואר דהוי הילך ואיירי בדקטע לידיה. ועוד קשה שאינו תובע פרה מעוברת שהוא מודה שילדה אלא תובע פרה וולדה וצ"ע. עכ"פ מבואר דס"ל שאם הדבר שמודה בו אינו דומה למה שהתובע תבע אין זה נחשב הילך אף שמודה שזה ממנו של התובע בכל מקום שהוא. וזה כסברת המ"מ הנ"ל.

נ"מ מספק זה אי הוי כולו הילך או רק החלק שחפר יהיה לענין מה שמסתפק רע"א בריש פרק שבועות הדיינים למ"ד דלא בעינן כפירה של ב' כסף אלא טענת ב' כסף, וההודאה והכפירה מצטרפים יחד לב' כסף, מה הדין כשיש כפירה והודאה שאינה הילך וההודאה שהיא הילך אם חלק ההילך מצטרף לב' כסף או לא. ואם נאמר שחלק ההילך אינו מצטרף לב' כסף יהיה נ"מ כאן אם החלק החסר בפנ"ע אין בו ב' כסף אם נוכל לצרף גם את החלק שאינו חסר. דאי אמרינן שרק מה שחפר אינו הילך והשאר הוי הילך אין השאר מצטרף לב' כסף. אבל לסברת המ"מ שאם חסר משהו הכל אינו הילך א"כ יצטרף הכל לב' כסף.

חכ"א אין נשבעין על העבדים. מבואר שגם עבד בן יומו נחשב כקרקע ואין נשבעין עליו. וכתב בשיטמ"ק בד"ה וכן וז"ל וצ"ע כיון דאמרינן בעלמא עבד קטן כמטלטלין דמי ה"נ לישתבע וכו' אפשר לומר דדוקא לענין קניה הוא דעבד קטן כמטלטלין אבל לענין שבועה כמקרקעי הוא עכ"ל. והדברים לכאורה תמוהים דמצאנו שעבד קטן שונה מעבד גדול והוי כמטלטלין בשתי מקומות. א. בב"ב ל"ו. לגבי גודרות אין להם חזקה, דעבד גדול יש לו דין של גודרות משא"כ עבד קטן שאינו הולך מעצמו יש לו חזקה. ב. בקידושין כ"ב: מבואר דעבד כנעני נקנה במשיכה אבל דוקא כשתקפו ומשכו אבל קורא לו והוא בא, אף שהוא משיכה לגבי בהמה אינו נחשב משיכה לגבי עבד כיון שהוא גדול ויש לו דעת הוא הולך אדעתא דנפשיה ואין זה משיכה של הקונה. ולגבי זה אמרו שם דעבד קטן כבהמה ונקנה ע"י שקורא לו והוא בא. ובפשטות הפשט הוא דכיון שהוא קטן ואין לו דעת הוא הולך ע"י הקורא ואיכא משיכת הקונה. ומה שהקשה השיטה אמאי אין נשבעין על עבד קטן הרי הוא כמטלטלין בודאי אין קושייתו מכח הגמ' בב"ב דמה ענין חזקה לשבועה. והגמ' בקידושין לכאורה ג"כ אינו ענין לשבועה שרק לגבי משיכה דינו של עבד קטן כמטלטלין מפני שהולך ע"ד מי שקורא לו אבל לענין שבועה אין שום סיבה שיהיה הבדל בין עבד קטן לעבד גדול.

אמנם בלשון הרמב"ם בפ"ב ממכירה משמע שמה שעבד קטן הוא כבהמה ונקנה ע"י קורא לו והוא בא הוא משום שדיני קנין עבד קטן שונים מדיני קנין של עבד גדול ולא רק משום שהולך ע"ד מי שקורא לו, שכתב הרמב"ם שם בה"ג תקפו והביאו אצלו קנהו שהעבדים נקנים במשיכה כזו אבל אם קרא לעבד ובא אצלו לא קנה עד שימשכנו בתקיפה או ישתמש בו כדרך שביארנו. ובה"ד כתב הרמב"ם עבד קטן הרי הוא כבהמה וקונים אותו בדברים שקונים בו את הבהמה ובדברים שקונים בו את העבדים לפיכך נקנה במשיכה אע"פ שלא תקפו. משמע בהדיא דקורא לו והוא בא אינו קנין שנקנה בו עבד גדול דבעינן דוקא תקיפה שהוא כעין חזקה והשתמשות אבל עבד קטן יש לו דין אחר שהוא נקנה בין בקנינים של עבדים בין בקנינים של מטלטלין לכן הוא נקנה במשיכה ע"י קורא לו והוא בא בלי תקיפה. ולדברי הרמב"ם יש מקום לשאלת השיטה כאן דכמו שעבד קטן נחשב כמטלטלין לענין קורא לו והוא בא כך שיחשב כמטלטלין נמי לענין שבועה. ותי' דאינו כמטלטלין אלא לענין קנין ולא לשבועה. והשיטה מוכיח בתוך דבריו את דברי הרמב"ם בפ"ב ממכירה אך צ"ע שמביא גם מדברי הרמב"ם בפ"י מהל' טו"נ שעבד קטן כמטלטלין לענין שאין דינו כגודרות שאין להם חזקה וזה לכאורה אינו נוגע לשבועה.

תוד"ה ואמר ר"י. כתבו שהמחלוקת אם ענבים העומדות ליכצר כבצורות דמי או לא הוא רק לגבי שבועה אבל לגבי שבת כו"ע מודו דהוי כמחובר והתולש ממנו חייב, ולגבי בע"ח כו"ע מודו דהוי כתלוש ודינו כמטלטלין שאינם משתעבדים. ומה שבע"ח שאני מבאר הש"ך בס' צ"ח סק"ט שהטעם שמטלטלין לא משתעבדי הוא דאין המלוה סומך דעתו על המטלטלין כיון שאפשר להבריחם ולכלותם [עיין לשון רש"י לקמן ק"ד]. ד"ה להכי קרו ליה. ולגבי זה פירות שעומדים ליתלש דינם כמטלטלין שגם עליהם אינו סומך דעתו. וכדבריו מבואר בתוס' הרא"ש כאן ע"ש. הר"ן בשבועות מ"ג. אינו מחלק בין שבועה לבע"ח כתוס' אלא דהכא מיירי שצריך לקרקע קצת לכן יש מ"ד דס"ל דדינו כקרקע משא"כ בכתובות איירי באינו צריך לקרקע כלל ובוזה כו"ע מודו דהוי כתלוש.

המוכר זיתיו לעצים. מבואר במשנה דהיכא דזיתים של אחד נמצאים בקרקע חברו ואין לבעל הזיתים זכות יניקה על בעל הקרקע הם חולקים בפירות. וב' אופנים יש בזה א. המוכר זיתיו לעצים. ב. שטף נהר זיתיו ונתנם בשדה חברו. אמנם נחלקו הראשונים אם הדין חלוקה בב' אופנים אלו הם מחד טעמא או לא. שהגמ' שואלת על רישא דמתני' ה"ד אי דאמר ליה קרן לאלתר אפי' פחות מרביעית נמי. ונחלקו הרשב"א והרמב"ם בביאור שאלת הגמ'. הרשב"א ס"ל שגם כשאמר קרן לאלתר לא יהיה הכל לבעל הקרקע אלא יחלוקו שהרי גם בשטף נהר שאין לבעל האילן שום זכות יניקה חולקים בפירות מפני שגם האילן הוא אחד מן הגורמים לגידול הפירות, א"כ גם אם אמר קרן לאלתר שאין לו זכות יניקה כלל חולקים ושאלת הגמ' אמאי הכל של בעל האילן. אבל הרמב"ם כתב בפ"ד משכנים ה"א שאם אמר קרן לאלתר הפירות כולם לבעל הקרקע.

האבה"א בפ"ד משכנים ה"א מבאר דמחלוקת הרמב"ם והרשב"א תלוי בביאור דברי הגמ' בסמוך שהעמידו הא דחולקים בשטף נהר זיתיו בנעקרו בגושיהן. דשיטת התוס' הוא שמה שהעמידו בנעקרו בגושיהן הוא רק משום דאל"כ איכא איסור ערלה אבל לולא איסור ערלה חולקים בעל הזיתים ובעל הקרקע גם אם לא נעקרו בגושיהן. והוא משום שגם הזיתים משתתפים בגידול הפירות ובעל הזיתים יש לו סיבה לחלוק בפירות גם בלי גוש. וכתב האבה"א שהרשב"א ע"כ ס"ל בזה כתוס' שאל"כ גם כשנעקרו בגושיהן לא היה חולק בעל הזיתים בפירות שמבואר ברשב"א שגם עם הגוש אין האילן יכול לתת פירות בלי הקרקע כמו שיבואר לקמן בס"ד. אבל הרמב"ם חולק בזה על התוס' וס"ל שגם בלי איסור ערלה אין לבעל הזיתים זכות בפירות אא"כ נעקר האילן עם הגוש שאז הוא ראוי לגדל פירות בלי בעל הקרקע. ולכן כשמכר זיתיו לעצים ואמר קרן לאלתר הרשב"א לשיטתו ס"ל שחולקין אף שאין לבעל הזיתים גוש מ"מ כיון שגדלו הזיתים מהעץ שלו זה סיבה שיחלוק בזיתים. אבל הרמב"ם ס"ל שאין לבעל הזיתים סיבה לזכות בפירות כשאין לו זכות יניקה אא"כ הגוש הוא שלו ושאלת הגמ' היא שאם אמר קרן לאלתר הכל של בעל הקרקע.

נמצא שלרשב"א הדין יחלוקו במוכר זיתיו לעצים והדין יחלוקו בשטף נהר זיתיו הם חד דינא. דבתרומתו הקרקע של אחד והאילן של השני ואין לו זכות יניקה ואין האילן יכול לתת פירות בלי הקרקע ולא הקרקע בלי האילן לכן חולקים בפירות. אלא שאם אמר קרן לאלתר הם חולקים גם בפחות מרביעית, ואם אמר ליה סתמא לגבי פחות מרביעית ליכא קפידא והכל לבעל האילן, ולגבי יותר מרביעית שיש קפידא הוי כאילו אמר קרן לאלתר. אבל לרמב"ם מה שהפירות גדלו מהעץ שלו אין זה סיבה שיחלוק בפירות אא"כ יש לו גם גוש שיכול לגדל פירות בלי בעל הקרקע. ולכן סובר הרמב"ם שאם אמר לו קרן לאלתר הכל לבעל הקרקע דהוי כשטף נהר זיתיו בלי הגוש שאין לבעל הזיתים חלק בפירות. ומה שבאמר ליה סתמא חולקים בפירות בעשו רביעית לסאה הוא משום דליכא קפידא גמורה ונחשב במקצת כאילו יש לו רשות להניח זיתיו ברשות חברו ולכן חולקים. משא"כ בקרן לאלתר או בשטף נהר זיתיו בלי גוש אין לבעל האילן זכות אפי' על חצי. ולדברי הרמב"ם הדין חלוקה של שטף נהר אינו אותו דין חלוקה של המוכר זיתיו לעצים, שבשטף נהר איירי שנעקרו בגושיהן וראוי האילן לתת פירות בלי הקרקע לכן חולקים, משא"כ במוכר זיתיו לעצים אין לבעל האילן סיבה לחלוק שאין לו גוש ומה שחולק הוא רק באמר ליה סתמא שאז אין קפידא גמורה. ומה שאין חלוקה לגבי שטף נהר בין רביעית לפחות מרביעית הוא משום דשטף נהר הוי כאומר קרן לאלתר.

דף קא.

לא שנו אלא שנעקרו בגושיהן. במשנה בפ"ק דערלה מבואר דכדי שלא יהיה איסור ערלה בעינן שיוכל האילן לחיות מחמת הגוש. אך לא מבואר במשנה כמה זמן צריך שיוכל האילן לחיות מחמת הגוש. הב"י ביו"ד ס' רצ"ד מביא שהרשב"א בתש' ח"ג ס' רכ"ה מסתפק אי בעינן ראוי לחיות ג' שנים כשנות ערלה או סגי בפחות מזה. [החזו"א בערלה ס' ב' סק"י וסק"א מוכיח שלדעת הרא"ש והטור לא בעינן ראוי לחיות ג' שנים אלא רק שיוכל לחיות עד שיקלוט קליטה חדשה ואז זה נחשב המשך של הגידול הראשון ע"ש]. וכתב הרשב"א שיש להוכיח מסוגיא דידן דלא בעינן ראוי לחיות ג' שנים. וכוונתו דמבואר במשנה דטענתו של בעל הקרקע הוא ארצי גדלה ומסקנת הגמ' דאיירי בתוך ג' שנים, ואם האילן יכול לחיות מחמת הגוש ג' שנים מה טענת בעל הקרקע שארצו גדלה הרי האילן מצמיח פירות מכח הגוש שלו ולא מכח הקרקע של בעל הקרקע.

הרשב"א כאן גם עמד בשאלה זו וכתב דאף שיוכל לחיות מחמת הגוש ג' שנים מ"מ לא היה נותן פירות בלי הקרקע של בעל הקרקע לכן יש לבעל הקרקע טענה על הפירות. וכתב החזו"א בערלה ס' ב' סק"ב שהרשב"א כאן קאי לצד שיש לו בתשובה דבעינן ראוי לחיות ג' שנים. הראב"ד [מובא בשיטה כאן] כתב דיכול האילן לחיות ולגדל פירות ג' שנים מחמת הגוש. דס"ל כשיטת הרמב"ם שאל"כ לא היה בעל הזיתים חולק בפירות וכמו שביאר האבה"א שהובא לעיל. ומה שטוען בעל הקרקע ארצי גדלה מבאר הראב"ד שטוען זיתך בטלו השדה שלי. דהיינו אף שהאילן יכול לחיות מהגוש שלו מ"מ כשהוא נמצא בקרקע של אחר הוא יונק גם משאר הקרקע וגם יניקה זו מגדלת את הפירות לכן גם בעל הקרקע חולק בפירות.

הרמב"ם כתב בפ"ד משכנים ה"י שאם נעקרו הזיתים בלי הגוש כל הפירות לבעל הקרקע. וזה כמו שנתבאר לעיל דשיטת הרמב"ם שכל טענתו של בעל הזיתים הוא רק כשגודל גם מהגוש. ולא כתוס' והרשב"א דס"ל שגם בלי גוש יש לבעל הזיתים חלק בפירות ומה שצריך נעקרו בגושיהם הוא רק שאל"כ יש על הפירות איסור ערלה. ותמה המ"מ איך כתב הרמב"ם שאם נעקר בלי גוש כל הפירות לבעל הקרקע הרי בלי גוש הפירות אסורים בהנאה מחמת איסור ערלה. עיין באבה"א בה"י שמבאר שהרמב"ם ס"ל שאילן שניתן בשדה מאליו ע"י הנהר לא נוהג בו ערלה דלא קרינן ביה ונטעתם, ומה שנזכר ערלה בגמ' הוא רק לגבי טענת בעל האילן לבעל הקרקע שאם הוא היה נוטע מעצמו היה איסור ערלה עד ג' שנים. וע"ע מה שכתב בזה האור"ש בפ"ד משכנים ה"י.

הראב"ד בפ"ד משכנים ה"י כתב על דברי הרמב"ם שאם נעקר בלי הגוש כל הפירות לבעל הקרקע שצריך בעל הקרקע לשלם לבעל האילן דמי זיתיו. וכתב המ"מ שהרמב"ם לא ס"ל כן דכיון שנעקר בלי הגוש הרי זה כזוטו של ים דודאי הבעלים מתאישים ממנו וזוכה בעל הקרקע בזיתים ואינו משלם דמיהם. ותמה ע"ז הכ"מ דאי הוה כזוטו של ים א"כ גם כשנעקר עם הגוש יזכה בעל הקרקע בזיתים ובגושיהם ולמה בעל הזיתים חולק בפירות. וכתב ע"ז המל"מ דלא קשיא שאם נעקרו בגושיהם דינו כקרקע וקרקע אינה נגזלת ואינה בדין יאוש. ודברי המל"מ לכאורה אינם מובנים דנחלקו התוס' והרשב"ם בב"ב מ"ד. אם גזלן קונה קרקע ע"י יאוש ושינוי רשות או לא, וזה דוקא בגזלן שיש צד לומר שקונה מכח הקניני גזילה דאית ליה וקרקע אינה נגזלת. אבל יאוש דאבידה לכאורה מהני גם בקרקע. ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד בב"ב מ"ד. ואפי' את"ל שגם יאוש דאבידה לא מהני בקרקע זה רק מפני שאין מציאות של אבוד בקרקע שהארץ לעולם עומדת, אבל קרקע המטלטל כגון עציץ נקוב או אילן שנעקר עם הגוש אין שום טעם שלא יועיל בו יאוש דאבידה. וצ"ע.

ולמא ליה אי את נטעת בתוך ג' לא הוה אכלת. צ"ב מה טענתו של בעל האילן לבעל הקרקע שבעל הקרקע לא היה יכול להשיג פירות בתוך ג' שנים הרי כמו שבעל הקרקע צריך לבעל האילן כך בעל האילן צריך את בעל הקרקע שגם האילן לא נותן פירות בלי קרקע. ובשלמא לראב"ד שיכול האילן לתת פירות במשך ג' שנים מכח הגוש שלו ניהא שבעל האילן אינו צריך לבעל הקרקע ובעל הקרקע צריך את בעל האילן. אבל לרשב"א בתש' שאין האילן יכול לחיות מחמת הגוש שלו ג' שנים, וכן לרשב"א בחי' שיכול לחיות ג' שנים אבל אינו יכול לתת פירות הראויים לאכילה מחמת הגוש א"כ כשם שהקרקע צריך את האילן כך האילן צריך את הקרקע ומה טענתו של בעל האילן שבעל הקרקע לא יחלוק עמו בג' שנים ראשונות.

ועוד צריך להבין את תי' הגמ' שטוען בעל הקרקע שאם לא היו אילנותיו של בעל האילן בקרקעו היה נטע נטיעות קטנות וזורע תחתיהם סילקא וירקא, ובגלל אילנותיו של בעל האילן מפסיד בעל הקרקע שאינו יכול לזורע סילקא וירקא. ולכאורה במשנה כתוב טענה אחרת שטוען בעל הקרקע ארצי גדלה. ואיך מצטרף הטעם של ארצי גדלה לטעם שהיה זורע סילקא וירקא. ולשונו הנ"י בזה הוא ובעל הקרקע נמי יקח חלקו וכו' ומפסיד מלזורע באותו מקום כדמסיק ואזיל ועוד שאם לא מחמת קרקעו של זה לא היה מגדל פירות בגושין לבד עכ"ל. הרי שפתח בטעם הגמ' וסיים בדברי המשנה ולכאורה הם שני טעמים שונים.

לכאורה נראה כונת הגמ' בדודאי בעל האילן צריך לבעל הקרקע שהאילן אינו יכול להצמיח בלי הקרקע ואעפ"כ יש לבעל האילן טענה שאין הוא מפסיד לבעל הקרקע כלום בלקיחת היניקה שאין לבעל הקרקע אפשרות לקבל משהו מיניקה זו, שמה שיגדל מקרקעו בתוך ג' שנים יהיה אסור משום ערלה, ומה שהאילן מכחיש את הקרקע בל"ה היה צריך בעל הקרקע כדי לקבל פירות אחר ג' שנים לנטוע אילנות עכשיו והיה מכחיש קרקעו ג' שנים כדי לקבל פירות אחר ג' שנים. א"כ לגבי מה שבעל האילן מקבל פירות ג' שנים ראשונות מקרקעו של בעל הקרקע הוא בגדר זה נהנה וזה לא חסר, דאף שגדלו מיניקת הקרקע מ"מ אין יניקה זו מפסיד לבעל הקרקע כלום שאינו יכול לקבל מיניקה זו פירות תוך ג' שנים, וא"כ אין זה נחשב שהפירות גדלו מחסורו של בעל הקרקע וצריך הפירות להיות של בעל האילן. ותי' הגמ' הוא שבעל הקרקע היה יכול להשתמש ביניקת שדהו לצורך גידול סילקא וירקא והנאתו של בעל האילן באה מחסורו של בעל הקרקע, וכיון שבעל הקרקע חסר מזה שוב הורא טענתו של בעל הקרקע ארצי גדלה. נמצא דטעם הגמ' ומה שנזכר במשנה משלימים זה את זה שאם לא היה מפסיד לענין זריעת סילקא וירקא לא היה לו טענה של ארצי גדלה. אך הדברים מחודשים דבעלמא מצאנו רק שהשימוש בממון חברו באופן שזה נהנה וזה לא חסר אינו מחייב תשלום, אבל לא מצאנו שמה שגודל מקרקע שלו לא יחשב שלו מפני שאין הגידול מחסורו, והכא חזינן שזה גם סברא ליחס את עיקר הגידול לבעל האילן כיון שמה שבעל האילן לוקח מבעל הקרקע אינו מחסר לבעל הקרקע כלום.

זיתי אני נוטל אין שומעין לו. בריטב"א במשנה מבואר דהיינו רק שבעל האילן אינו יכול לעקור אילנותיו אבל אם בעל הקרקע אינו רוצה את האילן יכול לומר לבעל האילן עקור אילנך, וכן מבואר ברמב"ם פ"י מגזילה ה"ה. ונחלקו רש"י והריטב"א בהא דאמר ר' ירמיה כגון דא צריכא רבה דרש"י ס"ל דמה שאמר ר' יוחנן הטעם שבעל האילן אינו יכול לעקור משום ישוב א"י הוא חידוש ואם לא פירשה ר"י היינו אומרים שיכול לעקור. הריטב"א מפרש איפכא שאם ר"י לא היה אומר הטעם של ישוב א"י ה"א שאפי' בחו"ל אינו יכול לעקור משום כחשא דארעא.

המקבל שדה אבותיו מן הנכרי מעשר ונותן לו. החזו"א בדמאי ס' י"ד סק"ג מבאר איזה בעלות יש לישראל לעשר את פירותיו של הגוי הרי מה שיכול לעשר משלו על של חברו הוא משום דזכות הוא לו וזכין לאדם שלא בפניו אבל לעכו"ם אין דין זכין שזוכה מטעם שליחות ואין שליחות לעכו"ם. וכן מקשה החזו"א על הגמ' בחולין שהובא בתוס' כאן ד"ה סבריה אנסו בית המלך את גורנו אם בחובו חייב לעשר ומשמע שמעשר אחר שהמלך לקח את הפירות. וקשה איך מעשר משלו על של העכו"ם. וכתב החזו"א ב' דרכים בזה. א. שמן התורה לא חלה הפרשתו אלא רבנן חייבוהו לעשר והוא חוזר ומעשר את המעשר כדי שלא יהיו מתנותיו מקולקלים. ב. דאפשר שהעמידו חכמים את הפירות ברשותו דהיינו שעשו הפקר ב"ד והקנו לו את הפירות. ויש לעיין מה מהני באנסו בית המלך את גורנו שהקנו לו את הפירות כדי שיוכל לעשר הרי הממון אינו ברשותו ולענין מה שאינו שלו מהני הפקר ב"ד אבל מה יועיל הפקר ב"ד לגבי אינה ברשותו דסו"ס אין הממון ברשותו ובשליטתו. אמנם בב"ק בסוגיא דצנועין מבואר שגם על הדין של אינו ברשותו מהני הפקר ב"ד כמו שכתב הקו"ש ב"ק אות י'. וכתב דזה ניהא אם אינו ברשותו הוא מחמת קניני גזילה אבל אם אינו ברשותו הוא משום שאין הממון בשליטתו לכאורה לא יועיל ע"ז הפקר ב"ד.

אפילו אם נאמר שלא מהני הפקר ב"ד על אינו ברשותו י"ל דניחא תירוצו של החזו"א דאיכא כמה אחרונים דס"ל שלגבי הפרשת תרומה אין חסרון של אינו ברשותו. עיין דבר אברהם ח"ב ס' ט"ז אות ד' וקו"ש ח"ב בקובץ ביאורים על גיטין אות ל"ז שכתבו שאין דין אינו ברשותו לגבי הפרשת תרומה. אבל הקובצה"ע בהשמטה לס' ע"ב מביא בשם הירושלמי בביכורים שנגזל אינו תורם מפני שהפירות אינם ברשותו, וכן נקטו החזו"א בב"ק ס' י"ח סק"ג והאבה"א פ"י"ב מגזילה ה"ה. אך גם לדבריהם ניהא הכא שרק הפירות שחל עליהם שם תרומה צריכים להיות ברשותו אבל כשתורם מדבר שברשותו על דבר שאינו ברשותו אין חסרון של אינו ברשותו שההתר נעשה ממילא והוא אינו מתיר את הטבל אלא עושה חלות תרומה וממילא הותר הטבל. וכיון שאין הוא עושה חלות על ממון חברו לא בעינן שיהיו הפירות שהוא מתיר ברשותו. ושפיר כתב החזו"א שמהני הפקר ב"ד שיוכל לתרום משלו על מה שנמצא אצל הגוי.

בדברי השיטה כאן בשם הראב"ד שבעכו"ם שגזל קרקע מישראל לא אמרינן יש קנין לעכו"ם להפקיע מחיוב מעשר דקרקע אינה נגזלת עיין מה שכתב בספר מעדני ארץ ס' כ' אות י'.

היורד לתוך שדה חברו. מבואר בגמ' שבשדה העשויה ליטע אומדים כמה אדם רוצה ליתן בשדה זו לנוטעה, ובשדה שאינה עשויה ליטע שמין לו וידו על התחתונה דהיינו שמשלם יציאות עד שיעור שבה. עשוי ליטע אינו תלוי רק בקרקע אלא גם באדם שאם אין דרכו של בעל השדה להביא פועלים אלא עושה מלאכתו בעצמו דינו כאינה עשויה ליטע אף שהקרקע מצד עצמה עשויה ליטע כמבואר בר"ן בכתובות פרק האשה שנפלו והובא ברמ"א בס' שע"ה סע' ד'. ויותר מזה כתב החזו"א בב"ב ס' ב' שאפי' אם הקרקע עשויה ליטע אלא שאין דעתו של הבעלים לנטוע מסיבה צדדית כגון שהוא עני זה נחשב אינה עשויה ליטע. והיוצא מדברי החזו"א שם הוא שיש ג' אופנים בזה. א. היכא שתולים שאם היורד לא היה יורד בעל השדה היה שוכר בעצמו פועלים זה נחשב עשויה ליטע ובעל השדה משלם כמנהג פועלי העיר. ב. היכא שלא היה שוכר פועלים או מפני שאין השדה עשוי לזה, או מפני שרגיל לעשות בעצמו, או מפני שאין לו כסף, אבל בדיעבד ניהא ליה בשבח זה דינו כשדה שאינה עשויה ליטע שמשלם יציאות שיעור שבה. ג. היכא שאפי' בדיעבד אינו נהנה ואינו צריך שבח זה, זה הדין של טול עצץ ואבניך שאינו משלם כלום. ומה שנחלקו הרא"ש והרמב"ן בההוא דאתא לקמיה דרב אם היה שדה העשויה ליטע או לא, שהרא"ש ס"ל שלא היה עשויה ליטע ורק בזה יכול לומר טול עצץ ואבניך, והרמב"ן ס"ל שהיה עשויה ליטע וגם בזה יכול לומר טול עצץ ואבניך, כתב החזו"א שאין כאן מקום למחלוקת בעיקר דינא, שאם ידוע שבאמת אינו רוצה את השבח גם בעשויה ליטע יכול לומר טול ואינו משלם כלום. ואם יש חשש שעכ"פ בדיעבד ניהא ליה בשבח זה אלא שאומר טול כדי שלא יצטרך לשלם לכו"ע הוא חייב. ולא נחלקו אלא באומדנא שלרא"ש כיון שעשוי ליטע תולים שמה שאומר טול הוא הערמה כדי ליפטר ולרמב"ן א"א לחייבו שמה באמת לא ניהא ליה בזה.

ומה"ט כתב החזו"א שם סק"ו שיכול לומר טול עצץ ואבניך גם במקום שאין אפשרות ליטול את השבח, כגון שצבע ביתו של חברו טול הוא לאו דוקא אלא הטענה של טול הוא שאינו צריך שבח זה ואינו נהנה מזה. וזה דלא כנתיבות שכתב בס' שע"ה סק"ב שאם א"א ליטול את השבח אינו יכול לומר טול. ולא מבואר בנתיבות אם כונתו בשדה העשויה ליטע ורוצה לפטור את עצמו מלשלם כפועלי העיר או באינה עשויה ליטע לענין לפטור עצמו מלשלם יציאות. ולחזו"א בכל גווני אם ידוע שלא ניהא ליה בזה ואינו נהנה מזה אינו משלם אפי' יציאות. ואולי גם הנתיבות אינו חולק בעיקר הדין אלא ס"ל שרק כשאפשר ליטול ואומר טול יש הוכחה שבאמת אינו נהנה מזה שהרי אומר טול, משא"כ כשא"א ליטול תולים שניהא ליה בזה ואומר שלא ניהא ליה כדי לפטור.

כאן בשדה העשויה ליטע. יש לעיין מאיזה דין חייב בעל השדה לשלם ליורד בין בעשויה ליטע בין באינה עשויה ליטע הרי הוא לא שכר אותו ואינו פועל שלו ובמה מתחייב לשלם לו. ועמד בזה הריטב"א וז"ל קשה למרי דאפי' בשדה העשויה ליטע למה תהא ידו על העליונה כשבא ליטול כשתלי העיר כיון דשלא מדעת בעלים ירד בה. וי"ל דכיון דשדה העשויה ליטע וידעו הבעלים ושתקו ודאי ניהא להו במאי דעבד וכאילו ירד מדעתם דמי עכ"ל. לשון הנ"י הוא וטעמא דכיון דשדה העשויה ליטע ידידי הבעלים ושתקו ודאי ניהא להו במאי דעבד וכאילו ירד מדעתם דמי. ולדבריהם החיוב בשדה העשויה ליטע הוא מדין שכירות פועלים כיון דניהא ליה בזה ואם לא היו עושים מעצמם הוא היה שוכר אותם.

ואנתי צריך לברר מאיזה דין משלם יציאות שיעור שבח בשדה שאינה עשויה ליטע. ואין לומר שהחיוב בזה הוא מדין נהנה כיון שבדיעבד ניהא ליה בזה שהתוס' כתבו בב"ק ק"א. שחיוב נהנה הוא דוקא כשנהנה גוף האדם או שנהנה בהמתו ע"י מעשיו או מעשה בהמתו. ועיין בש"ך ס' שצ"א סק"ב שכתב בשם המהרש"ל שהמאכיל בהמת חברו אין בעל הבהמה חייב לשלם לבעל האוכל מדין נהנה כיון שלא נהנה גוף האדם ולא באה הנאה לממונו ע"י מעשיו או מעשה ממונו כמבואר בתוס' הנ"ל. וכתב ע"ז הש"ך שזה רק לענין לתבוע את בעל האוכל כשאחר האכיל את הבהמה, אבל אם בעל האוכל בעצמו האכיל את בהמת חברו בעל הבהמה חייב לשלם לו דלא גרע מיורד לשדה חברו שלא ברשות, ומוסיף הש"ך וז"ל וטעמא דיורד שלא ברשות כיון שמתכוין להשביח חייב לשלם לו יציאותיו עכ"ל. מבואר בש"ך דאף שמדין נהנה אין לחייב כמבואר בתוס' הנ"ל בב"ק מ"מ כיון שהיה כונתו להשביח ממון חברו בעל הממון חייב לשלם וזה דינא דיורד לשדה חברו. והש"ך איירי לענין יציאות שמשלמים אפי' בשדה שאינה עשויה ליטע כמבואר בדבריו. וצ"ב מאיזה דין חייב ומה בכך שנתכוין להשביח ממון חברו.

הקצה"ח בס' רמ"ו סק"ב ובשערי יושר ש"ג פכ"ה האריכו לבאר החילוק בין חיוב של נהנה לחיוב של משתרשי ליה ע"פ דברי התוס' בחולין קל"א. דאף שמתנות כהונה אין בהם חיוב מזיק ולא נהנה כמבואר שם שהמזיק מתנות כהונה או שאכלם פטור מ"מ היכא שמשתרשי ליה ממון הכהן כגון שאנסו בית המלך את גורנו והישראל פטר עצמו מחובו למלך ע"י ממון הכהן יש חיוב על הישראל לשלם לכהן. והקשו התוס' א"כ גם האוכל מתנות כהונה יתחייב לשלם מדין משתרשי ליה שהרויח ממון ממה שאכל משל הכהן ולא משלו. וכתבו שאין זה רוח ממון שהיה יכול להתענות. ומבארים הקצות והגרש"ש שחיוב משתרשי ליה הוא על מה שנתרבה ממונו ממון חברו וזה רק באופן שאם לא היה משתמש בממון חברו בודאי היה צריך להוציא ממון שלו. אבל באכילה אין לו רוח ממון שהיה יכול לאכול, ובה החיוב רק מפני שכן אכל ונהנה אבל רוח ממון אין לו. והחיוב של נהנה כשאין בו רוח ממון הוא רק באופנים שכתבו התוס' שיהיה נהנה גופו או ע"י מעשיו או מעשה ממונו, אבל כשיש חיוב של משתרשי ליה הוא חייב בכל גווני. וכן מה שמבואר בב"ק כ. שנהנה חייב רק כשיש לבעל הממון חסרון הוא ג"כ דוקא כשבאים לחייב מדין נהנה אבל היכא שיש רוח ממון וחיובו מדין משתרשי ליה לא בעינן חסרון כיון שנתרבה ממונו ע"י ממון חברו.

הגרש"ש בחי' על ב"ק ס' י"ט אות ד' כתב שהחיוב של יורד הוא מדין משתרשי ליה שנתרבה ממון של בעל השדה ע"י היציאות שהכניס היורד בממונו. ולכן לא בעינן בזה שיהיה הנאה לגופו ולא שיבא ההנאה ע"י מעשיו ומעשה ממונו שאין זה חיוב של נהנה אלא של משתרשי ליה. ולדבריו המאכיל בהמת חברו אין לחייב את בעל הבהמה מדין יורד כיון שלגבי אכילה יש סברא של הייתי מתענה, וגם באכילת בהמה אמרינן הכי כדמוכח בתוס' הנ"ל בב"ק, וא"כ אין חיובו מדין משתרשי ליה אלא מדין נהנה ובעינן מעשיו או מעשה ממונו. ולדברי הגרש"ש לא בעינן שיהיה כונת היורד להשביח ממון חברו דבכל גווני יש לחייב את בעל הממון מדין משתרשי ליה. וא"כ מדברי הש"ך שכתב שהחיוב של יורד הוא מפני שנתכוין להשביח ממון חברו מוכח דס"ל שאין חיובו מדין משתרשי ליה ולא כגרש"ש.

לש"ך דס"ל שהחיוב של יורד לשלם יציאות בשדה שאינה עשויה ליטע הוא רק כשמתכוין להשביח ממון חברו לכאורה נראה דס"ל שגם חיוב זה הוא מדין שכירות פועלים, ומאותו טעם שבשדה העשויה ליטע משלם כשתלי העיר הוא חייב גם

בשדה שאינה עשויה ליטע לשלם יציאות. דאף שבאינה עשויה ליטע הוא לא היה שוכר פועלים, ולכן אינו משלם כשתלי העיר, מ"מ כיון שאינו אומר טול עציך ואבניך ובדיעבד ניהא ליה בזה אמרינן שניהא ליה שישביחו את ממוןנו ע"מ שישלם רק יציאות שיעור שבח, ולגבי תשלום זה היורד הוא כדור מדעת. וכיון שחייבו מדין שכירות פועלים החיוב הוא רק אם כונתו היה להשביח ממון חברו, אבל מה שעושה בשביל עצמו אין בו חיוב של שכירות פועלים.

נמצא שהחיוב ליורד בשדה העשויה ליטע הוא מדין שכירות פועלים, ובאינה עשויה ליטע לש"ך הוא ג"כ מדין שכירות פועלים ולגרש"ש הוא מדין משתרשי ליה. והנ"מ הוא אי בעינן כונה להשביח ממון חברו שאם החיוב מדין שכירות פועלים בעינן שיהיה כונתו להשביח ממון חברו. ואם החיוב מדין משתרשי ליה לא בעינן כונה להשביח ממון חברו.

ע"פ דברי הש"ך יש לבאר דברי התוס' בב"ק ל"ד. דמבואר שם דשור תם שהזיק ואח"כ הושבח המזיק הניזק מקבל מגופו של המזיק לפי מה שהיה שוה בשעת הנזק ולא לפי מה ששוה עכשיו. ומבואר שם דקאי כר"ע דס"ל יוחלט השור, ומה שאין הניזק זוכה בשבח הוא משום דלא הושבח מאליו אלא שהמזיק פטמה בידים. וכתבו התוס' שם דמיירי שאין השבח יותר מהיציאה. והקשו א"כ פשיטא שהשבח שכנגד היציאה הוא של המזיק דלא גרע מכל יורד שמקבל יציאות. ותרצו דס"ד דכיון שהוחלט השור הוי ליה המזיק כשמפטם כמניח מעותיו על קרן הצבי ע"ש. ואינו מוכן מאי שנא מכל יורד שמקבל יציאות ולא אמרינן שהוא כמניח מעותיו על קרן הצבי. ולדברי הש"ך ניהא דכל יורד מתכוין להשביח ממון חברו ונוטל מדין שכירות פועלים אבל כאן המזיק חושב שאולי ישאר הבהמה ברשותו דשנא יודה ויפטר או שניא לא יבואו עדים וכונתו להשביח ממון שלו ובזה ליכא חיוב יורד כמבואר בש"ך. אבל לדברי הגרש"ש אינו מוכן למה לא יקבל יציאות כמו כל יורד. וכאן ליכא סברת הייתי מתענה דלא באים לחייב מכח מה שהבהמה נהנתה מהאכילה אלא על מה שהושבחה ע"י שנתפטמה, ולגבי זה איכא חיוב של משתרשי ליה, ואמאי ס"ד שיהיה כמניח מעותיו על קרן הצבי.

יסוד זה שכתב הש"ך שחיוב יורד הוא רק כשנתכוין להשביח ממון חברו מבואר גם בנתיבות בס' קס"ד סק"א. דמבואר לקמן קי"ז. בבית ועליה שנפלו שבעל העליה בונה את הבית ודר בו עד שיתן לו בעל הבית את יציאותיו. וקשה אמאי מקבל רק יציאות הרי זה דומה לשדה העשויה ליטע וצריך לקבל כאריסי העיר. וכתב בזה הנתיבות שאינו מקבל כמנהג הפועלים מפני שלא היה כונתו להשביח ממון חברו אלא בשביל עצמו. ומביא הנתיבות ע"ז את דברי הש"ך בס' שצ"א שאין חיוב של יורד אלא כשמתכוין להשביח ממון חברו. ודברי הנתיבות לכאורה אינם מוכנים שהש"ך כתב בהדיא שאם אין כונתו להשביח ממון חברו אינו מקבל אפי' יציאות, והנתיבות כתב לבאר ע"פ הש"ך מה שאינו מקבל כפועל אבל יציאות הוא כן מקבל. ונראה דהיכא דנתרבה ממנו ע"י היציאות של חברו מודה הש"ך שיש חיוב מדין משתרשי ליה אפי' בלי כונה להשביח ממון חברו. והש"ך איירי במאכיל בהמה שיש סברא של הייתי מתענה ואין בזה משתרשי ליה, בזה כדי שיהיה חיוב בעינן כונה להשביח ממון חברו, ואם אין כונה להשביח אפי' יציאות אינו משלם, אבל הנתיבות איירי במקום שמשתרשי ליה ובזה חייב יציאות גם בלי כונה, ומה שצריך כונה בזה הוא כדי לקבל כפועל שזה מדין שכירות פועלים וחייבים רק אם היה כונה להשביח ממון חברו. דהיינו שהנתיבות מדמה חיוב יציאות כשאין משתרשי ליה לחיוב כפועל בעשויה ליטע, ששניהם מדין שכירות פועלים, משא"כ חיוב יציאות כשמשתרשי ליה אינו מדין פועל ואת זה חייבים גם בלי כונה להשביח.

אך א"כ הדרא השאלה על התוס' בב"ק ל"ד. לדוכתיה דהתם שמפטם בהמת חברו יש בזה משתרשי ליה וא"כ גם לש"ך צריך לקבל יציאות אף שאין כונתו להשביח ממון חברו. וצ"ע.

ההוא דאתא לקמיה דרב. הרא"ש מפרש מעשה זה בשדה העשויה ליטע וכשאמר רב בתחילה זיל שום ליה היה כונתו שישלם כאריסי העיר. וכשלא רצה לשלם הביין רב שטענתו שאינו צריך שבח זה והוי כאומר טול עציך ואבניך. ואמר רב שיתן וידו על התחתונה שאולי עבור תשלום זה ניהא ליה להחזיק בשבח. וכשלא רצה לשלם גם את זה פטרו רב שיכול בעל השדה לומר טול עציך ואבניך ואינו משלם כלום. וכשנטר ליה נתגלה שכל טענותיו היו רק כדי ליפטר מתשלומין וחזר רב וחייבו כאריסי העיר כיון שהיה שדה העשויה ליטע. ומכאן למד הרא"ש שגם בשדה העשויה ליטע יכול לומר טול עציך ואבניך, דאי איירי הכא שאינה עשויה ליטע אמאי חייב רב בתחילה כאריסי העיר ורק בפעם השני חייב רק יציאות. ועוד אמאי חייבו תשלום מלא כשנטר ליה הרי אם אינה עשויה ליטע אינו חייב אלא יציאות. הרמב"ן והנ"י חולקים וס"ל שבשדה העשויה ליטע אינו יכול לומר טול עציך ואבניך ומה שבתחילה חייב רב הכל הוא משום שלא ידע אי עשויה ליטע או לא ע"ש. אך צ"ע מה יתרצו הרמב"ן והנ"י על טענתו השניה של הרא"ש דאי איירי בשדה שאינה עשויה ליטע אמאי אמר רב כשנטר ליה זיל שום ליה וידו על העליונה הרי באינה עשויה ליטע אינו חייב אלא יציאות שיעור שבח, ומה בכך דנטר ליה הרי תמיד בשדה שאינה עשויה ליטע אינו טוען טול ובדיעבד ניהא ליה בזה ואינו משלם אלא יציאות שיעור שבח.

הראב"ד בפ"י מגו"א ה"ה כתב שמה שיכול בעל השדה לומר ליורד שנטע אילנות טול עציך הוא דוקא בחו"ל ולא בא"י משום ישוב א"י. ואף דקי"ל כמ"ד שגם בחו"ל אין בעל האילן יכול לומר עצי אני נוטל משום כחשא דארעא וזה שייך רק כשבעל האילן רוצה ליטול ובעל השדה מעכב ולא כשבעל השדה אומר טול, מ"מ בא"י איכא נמי טעמא דישוב א"י. אמנם הרמב"ן [הובא בשיטה בד"ה ומכאן] כתב שהטענה של ישוב א"י הוא רק כשבעל האילן רוצה ליטול ובעל השדה מעכב, אבל אם בעל השדה אומר טול לא מתחשבים בישוב א"י דאין איסור לקצוץ אילנותיו משום ישוב א"י. וכ"כ המ"מ בדעת הרמב"ם.

עצי אני נוטל. שיטת הרא"ה שרק באינה עשויה לבנות יכול לומר אבני אני נוטל מפני שבנה ע"ד שיקבל כפועל ועכשיו שידו על התחתונה ע"ד כן לא הקנה את האבנים לבעל הקרקע. אבל בעשויה לבנות ובעל הקרקע משלם כמנהג הפועלים אינו יכול לומר אבני אני נוטל שבנה ע"ד כן שאם ירצה בעל הקרקע את הבנין הוא זוכה בו. הרשב"א חולק וס"ל שגם במקום העשוי לבנות אם אמר היורד אבני אני נוטל לפני שבעל הקרקע אמר דמיהם אני נותן יכול היורד ליטול. דהיינו שלא"ה הקנאת היורד לבעל הקרקע הוא מיד כשבונה אלא שזה בתנאי שישלם, ואם הוא משלם אין היורד יכול ליטול אפי' שאמר שרוצה ליטול לפני שישלם בעל הקרקע. והרשב"א ס"ל שהקנאת היורד הוא רק כשמתרצה בעל הקרקע לשלם שאז זוכה לו חצרו, ואם חזר היורד לפניו אין בעל הקרקע קונה אפי' אם ירצה אח"כ לשלם. עיין מש"כ הנ"י בזה.

דף קא:

המשכיר בית בימות הגשמים. נחלקו רש"י והראב"ד בדין זה שצריך המשכיר להודיע לשוכר ל' יום לפני ימות הגשמים. שיטת רש"י שתמיד צריך ל' יום למצוא מקום דירה והל' יום צריכים להיות בימות החמה. ולכן אם רוצה להוציא את השוכר באמצע ימות הגשמים צריך להודיע לו ל' יום לפני תחילת ימות הגשמים כדי שיהיה לו ל' יום בימות החמה למצוא מקום אחר. ומזה למד רש"י שגם כשמוציא את השוכר באמצע ימות החמה צריך להודיע ל' יום קודם. הראב"ד ס"ל שבימות החמה לא בעינן ל' יום ומה שצריך ל' יום לפני ימות הגשמים הוא מפני שכל יום שלפני ימות הגשמים כבר קשה למצוא מקום דירה ולכן צריך שהודעה תהיה לפני זמן זה.

הרא"ש והנ"י כתבו בשם הירושלמי שאם השכיר מתחילה עד זמן מסוים אינו צריך להודיע לפני שמוציאו אפי' שכלה הזמן באמצע ימות הגשמים שכבר הודיעו לפני תחילת השכירות, וכל הדין הודעה הוא כשהשכיר סתם בלי זמן או שהשכיר לפי חודשים אבל לא קבעו כמה חודשים. והרמב"ן והריטב"א תמחו על דברי רש"י שמשמע בדבריו שגם אם קבע זמן צריך להודיע ע"ש.

בכרכים י"ב חודש. פרש"י דכרכים שאני משום שהכל נמשכים שם לגור והבתים אינם מצוים שם לשכור. לכאורה היה נראה שמה שבכרכים צריך י"ב חודש הוא להודעת המשכיר אבל להודעת שוכר למשכיר אין לחלק בין כך למקום אחר, שמה שהבתים אינם מצוים שם גורם שלבעל הבית קל יותר למצוא שוכר אחר. אך ברמב"ם מפורש בפ"ו משכירות ה"ח שגם הודעת השוכר בכרך הוא י"ב חודש. ועיין בשיטמ"ק בד"ה וז"ל הריטב"א שכתב בשם ר' יהונתן שבחנות של נחתומים בעינן ג' שנים גם להודעת השוכר. ובד"ה חנות של נחתומין מבאר השיטה הטעם דכיון שהקיפן לג' שנים אין הנחתום יכול לשנות מקומו אא"כ יודע ג' שנים קודם וא"כ כל נחתום שרוצה עכשיו מקום חדש כבר שכר לפני ג' שנים, ולכן גם השוכר צריך להודיע למשכיר ג' שנים קודם כדי שיוכל עכשיו למצוא נחתום אחר לעוד ג' שנים. אך זה נוחא בנחתום שג' שנים הוא משום שזה זמן הקפתו. אבל מה שבכרך צריך י"ב חודש הוא לכאורה מפני שזה הזמן שלוקח למצוא שם בית דירה וזה שייך רק לגבי השוכר ולא לגבי המשכיר. וצ"ל שמה שבכרך צריך י"ב חודש אינו מפני שלוקח י"ב חודש למצוא דירה אלא מפני שהכל תפוס עד י"ב חודש, וכל מי שצריך בית דירה עד י"ב חודש כבר שכר ולכן גם המשכיר אינו יכול למצוא שוכר עד י"ב חודש.

לא צריכא דאייקור בתי. כתב הריטב"א דמשמע ברש"י שמה שיכול להוסיף על השכירות כשאייקור בתי הוא גם כשאייקור באמצע ימות הגשמים. הריטב"א חולק דכיון שלא הודיעו ואינו יכול להוציא באמצע ימות הגשמים זה נחשב כעיקר זמן השכירות ואינו יכול להוסיף על הדמים. ורק כשהודיע שרוצה להוציא וממתין לו ל' יום כדי שיוכל למצוא מקום אחר בזה אם אייקור בתי הוא יכול להוסיף על השכירות שאין זה מעיקר זמן השכירות.

נפל ליה ביתא א"ל לא עדיפת מינאי. שיטת רש"י דמייירי דוקא אחר גמר זמן השכירות בל' יום של הודעה שעל זמן זה לא היה שכירות מפורשת אלא מכח האומדנא שנכנס ע"ד שלא יוציאו אא"כ יודיע ל' יום קודם. לענין זה אמרינן שהאומדנא הוא כן רק באופן שיש למשכיר בית לעצמו ולא שיהיה השוכר עדיף מהמשכיר. אבל בתוך עיקר זמן השכירות אין המשכיר מוציא את השוכר אפי' שנפל ביתו כיון שהבית קנוי לשוכר לכל זמן השכירות. כ"כ הנ"י בדעת רש"י ע"ש. הגאון מוכיח מדברי התוס' לקמן ק"ב: דלא ס"ל כן דמבואר שם שאין השוכר נאמן לומר שפרע את השכירות בתוך זמן השכירות. וכתבו שם התוס' שזה אפי' למ"ד בב"ב ה: דעביד איניש דפרע בגו זימניה דשאני שכירות שחושש השוכר שלא יבא לידי חיוב דשמא יפול הבית ששכר או שיפול ביתו של המשכיר ויוציא את השוכר כמבואר כאן. ושם בפשטות איירי בתוך עיקר זמן השכירות ואעפ"כ כתבו התוס' שאם נפל ביתו של המשכיר הוא מוציא את השוכר. ומוכח שהתוס' חולקים בזה על רש"י.

הקצה"ח בס' ש"ב סק"א גם מוכיח שהתוס' חולקים בזה על רש"י אך לא הביא מהתוס' לקמן אלא מהתוס' בב"ב ה: שכתבו כדבריהם לקמן. וכתב הקצות שיש לדחות את הראיה מהתוס' ע"פ המ"מ שמפרש את דברי הגמ' לקמן בסתם שכירות שהוא ל' יום מפני הדין של הודעה ל' יום, ובזה גם לרש"י אם נפל ביתו של המשכיר הוא מוציא את השוכר.

ונראה שדחיית הקצות היה נוחא אילו היה מביא הראיה מהתוס' לקמן כמו שמביא הגאון אבל בדברי התוס' בב"ב לכאורה א"א לדחות כדחיית הקצות. שהתוס' לקמן כתבו שהשוכר אינו משלם תוך זמנו מפני שחושש שמא יפול הבית השוכר או שמא יפול ביתו של המשכיר. התוס' בב"ב כתבו רק את החשש שמא יפול ביתו של המשכיר ולא שמא יפול הבית השוכר. וכתב הקנ"ש שם שהתוס' שם ס"ל שאפי' אם נפל הבית המושכר אין השוכר נפטר מתשלומי השכירות שחיוב השכירות הוא עבור הקנין והוא קיבל את הקנין ודמי לקונה בית ונפל לפני ששילם דמיו. ונחלקו הראשונים בדין זה לקמן ק"ג. כמו שיבואר שם בס"ד. ולדברי הקנ"ש נחלקו בזה התוס' בב"ב והתוס' לקמן ק"ב: ופשוט דכל מה שיש ראשונים שסוברים שהשוכר משלם את כל השכירות אפי' אם הבית נפל בתוך הזמן הוא רק בעיקר זמן השכירות, אבל אם נפל הבית המושכר אחרי גמר זמן השכירות בל' יום של הודעה בודאי אין השוכר משלם על זמן זה. דמבואר בגמ' שאם אייקור בתי בל' יום של הודעה השוכר משלם יותר וה"ה שאם הוזלו בתי בל' יום הוא משלם פחות וא"כ פשוט שאם נפל ואינו שוה כלום אינו משלם כלל. וא"כ מזה שלא הזכירו התוס' בב"ב את החשש שמא יפול הבית המושכר, והטעם כמש"כ הקנ"ש דס"ל שגם אם נפל אינו נפטר מהשכירות ע"כ איירי בעיקר זמן השכירות ולא בל' יום של הודעה. ומוכח שהתוס' חולקים על רש"י. ורק בתוס' לקמן שכתבו את שתי החששות יש מקום לדחיית הקצות דאיירי בל' יום של הודעה ולא בעיקר זמן השכירות.

לפי מה שנתבאר אין הכרח לומר ששני דיבורי התוס' פליגי במחלוקת הראשונים אם השוכר משלם את כל השכירות בנפל הבית או לא דיתכן דלכר"ע משלם, ומה שכתבו לקמן שאינו משלם היינו משום דאיירי בל' יום של הודעה כמש"כ הקצות ובזה לכר"ע אינו משלם כשנפל, ולתוס' בב"ב איירי בעיקר זמן השכירות לכן לא כתבו חשש זה שאפי' אם נפל אין השוכר נפטר מתשלום השכירות.

ההוא גברא דזבן ארבא דחמרא. מבואר בגמ' דכיון שקבלת האחריות היה בטעות אינה חייבת על מה שהוציאה את החמרא למקום שאינו משתמר ונשפך [עיין שיטמ"ק בשם הרמ"ן] או נגנב משם. כתב הרא"ש שצריכה להודיעו ואם נאנס אחר שהודיעה לו אינה חייבת. משמע דס"ל שאם לא הודיעה לו ונאבד היין היא חייבת באחריותו. הרמב"ם בפ"ז משכירות ה"ז כתב שמידת חסידות שתודיע לבעלים לפני שמוציאה את היין מרשותה. וכתב הב"ב בס' שי"ט שהרמב"ם חולק על הרא"ש וס"ל שגם

אם לא הודיעה אינה חייבת באחריות. הב"ח והסמ"ע חולקים על הב"י וס"ל שגם לרמב"ם אם לא הודיע הוא חייב ומה שכתב הרמב"ם מידת חסידות היינו שמידת חסידות שיוודע לפני שמוציא, אבל אם לא הודיע כלל הוא חייב באחריות גם לרמב"ם. הקצה"ח בס' שיי"ט סק"ג מביא שבשיטתו סק"ב בד"ה תוספתא כתב בשם הראב"ד שהיה איתתא פטורה אפי' שלא הודיעה כלל דכיון דשלא כדין עבד וברמאות אושלא ליה ביתא כאשר עשה כן יעשה לו. הרי מבואר דס"ל שגם אם לא הודיע כלל הוא פטור וא"כ י"ל שזה גם דעת הרמב"ם.

סברת הרא"ש שאם לא הודיע חייב אף שקבלת האחריות היה בטעות מבאר הב"ח, והובא בקצות סק"ג, שההוצאה למקום שאינו משתמר אינו רק פשיעה בשמירה אלא מעשה מזיק מדינא דגרמי. ומה דסבר הרמב"ם שפטור אפי' שלא הודיע ואינו חייב מדין גרמי, מלשון הראב"ד הנ"ל משמע שזה תקנ"ח דכאשר עשה כן יעשה לו. אמנם עיין בתוס' בגיטין מ: ד"ה וכתב שכתבו שרק במקום שכתוב הוא עשה שלא כהוגן לפיכך יעשו לו שלא כהוגן הכונה תקנה שלא מעיקר הדין אבל היכא דכתיב כאשר עשה כן יעשה לו כדחכא זה מדינא. וי"ל שהרמב"ם ס"ל שמדינא פטור ואין לחייבו מדין מזיק על מה שהוציא למקום שאינו משתמר כמבואר בב"ק כ"ח. במי שמניח חביותיו בחצר חברו משבר ויוצא ומשבר ונכנס דעביד איניש דינא לנפשיה.

הנ"י כאן כתב שמה שיכולה להוציא הוא דוקא הכא שלפני שקידשה פירשה שאינה רוצה להשכיר לו, אבל המשכיר בית לחברו שהוא אוהבו לזמן ידוע ובתוך הזמן היה מריבה ביניהם ונעשה שונאו אינו יכול להוציא כיון שלא היה תנאי בשכירות. ומזה למד הרמ"א בס' שיי"ב סע' ט' שאם פירש בשעת השכירות שמשכיר לו רק מפני הוא אוהבו ונעשה שונאו יכול להוציא. עיין בקצה"ח ס' שיי"ט סק"א שמקשה דכיון שאין אומדנא דמוכח ע"ז בעינן תנאי כפול ולא סגי בגילוי דעת ע"ש. ואין להקשות על הרמ"א שבגמ' הוא עשה שלא כהוגן משא"כ כאן אף שנעשו שונאים זל"ז אין ראיה שהוא עשה שלא כהוגן, דכבר נתבאר שאין כונת הגמ' שעשו תקנ"ח אלא דינא קאמר. ועוד אפי' אם צריך להגיע לתקנ"ח מפני שעשה שלא כהוגן היינו רק לענין מה שפטור על הנזק שנגרם על ידו, והרמ"א לא איירי לענין זה אלא שיש רשות להוציא את השוכר וזה בודאי שאם היה טעות בשכירות שיכול להוציא מדינא גם אם עשה כהוגן.

המשכיר חייב בדלת וכו'. מבואר במשנה שהכלל בזה הוא שכל מעשה אומן על המשכיר וכל מעשה הדיוט על השוכר. אמנם לא תמיד הקובע הוא מעשה אומן או מעשה הדיוט דכתב הנ"י בשם הריטב"א שמה שסולם על השוכר הוא דוקא סולם שעולים בו לגג אבל סולם שעולים בו מן הבית לעליה זה עיקר דירת הבית ועל המשכיר לעשותו. וקשה ממ"צ אי עשיית סולם הוא מעשה הדיוט יהיה תמיד על השוכר ואם זה מעשה אומן יהיה תמיד על המשכיר. אלא מוכח מדברי הריטב"א דאף שסולם הוא מעשה אומן, ולכן סולם של עליה הוא על המשכיר, מ"מ סולם שעולים בו לגג הוא על השוכר כיון שאין זה מעיקר דירת הבית. וכן מבואר בלשון הרמב"ם בפ"ו משכירות ה"ג וז"ל המשכיר בית לחברו חייב להעמיד לו דלתות ולפתוח לו חלונות וכו' וכל כיוצא באלו מדברים שהן מעשה אומן והם עיקר גדול בישיבת הבתים וההצרות עכ"ל. הרי שחזן ממעשה אומן יש עוד תנאי שיהיה עיקר גדול בישיבת הבתים.

הביאור בזה הוא שמה שתלוי חיוב המשכיר במעשה אומן הוא משום שחיובו של המשכיר הוא להעמיד בית הראוי לדירה. וכל שצריך מעשה אומן כדי שיהיה ראוי לדירה אין זה בית מושלם הראוי לדירה. משא"כ כשחסר דבר שהוא מעשה הדיוט אין זה מחשיב את הבית אינו ראוי לדירה. ומה"ט גם דבר שהוא מעשה אומן אם אין זה צורך לעיקר דירת הבית הבית נחשב ראוי לדירה ולא מוטל על המשכיר. ולכן סולם שעולים בו לגג הוא על השוכר אף שהוא מעשה אומן כיון שהבית ראוי לדירה אף בלי אפשרות לעלות לגג. וכן מפורש בשיטה בשם ר' יהונתן שמעקה השוכר עושהו אפי' אם זה מעשה אומן מפני שאם לא ישתמש בגג אין הגג צריך מעקה. [לכאורה מעקה הוא בל"ה על השוכר משום שהוא חובת הדר כמזוזה. וצ"ל שמוזוזה אינו חלק מן הדירה אלא מצוה דרמי על הדר, אבל מעקה הוא חלק מן הבית ואילו היה דירת הגג עיקר דירה היה מוטל על המשכיר אף שזה מצותו של השוכר כיון שבלי זה אין הבית ראוי לדירה].

השיטתו בשם ר' יהונתן כתב שמה שהמשכיר חייב בדלת הוא מפני שזה לצורך המשכיר שאפי' אם לא ישכירו לאחר צריך שיסגורו שלא יהיה מערת פריצים ושלא תהיה אשפה ליפנות שם. ולכאורה אינו מובן ל"ל טעם זה ת"ל שעשיית דלתות הוא מעשה אומן. וא"ל דס"ל שמה שמעשה אומן הוא על המשכיר הוא רק בדברים שהם לצורך המשכיר כדלתות שהרי גם פתיחת חלונות מוטל על המשכיר וזה לצורך דירת השוכר ולא לצורך המשכיר. וצ"ל דס"ל לר' יהונתן שדלתות הם על המשכיר אפי' אם הם מעשה הדיוט מפני שהם לצורך המשכיר. ולפ"ז יהיה הפשט במשנה המשכיר חייב בדלת אף שהוא מעשה הדיוט, ובכל דבר שהוא מעשה אומן הוא כלל נוסף ולא הסבר על דלת, ודלא כדמשמע ברמב"ם שכל מעשה אומן הוא הסבר על כל מה שנוכר לפני"ז במשנה. אך א"כ צריך להבין המשך דברי ר' יהונתן שכתב אבל דבר שאינו מעשה אומן נמצא שאינו צורך הבית אלא למי שהוא דר שם מ"ה עליו לתקנו. ומשמע שדלתות שהזכיר לפני"כ הוא מעשה אומן וקשה דמעשה אומן על המשכיר אפי' אם אין למשכיר צורך בזה וצ"ע.

הנ"י כתב בשם הריטב"א שכל מה שעל המשכיר לעשות הוא דוקא אם היה מקולקל מתחילת השכירות אבל אם נתקלקל אח"כ אם אמר בית זה כשם שאם נפל אינו חייב לבנותו כך אם נתקלקל אינו חייב לתקנו. הטור בס' שיי"ב כתב בשם שו"ת הרא"ש שמה שבבית זה אינו חייב לבנותו הוא רק בנפל שהבית אינו קיים ובטל חיובו של המשכיר אבל כ"ז שהבית קיים מוטל על המשכיר לתקן כל מעשה אומן. ועיין בקצה"ח בס' שיי"ד סק"א שמקשה סתירה בענין זה בשו"ע. ועיין מה שכתבנו בענין זה בס"ד בפרק הבית והעליה דף קט"ז: .

מזוזה חובת הדר. עיקר כונת הגמ' בזה דאין חובת מזוזה על המשכיר כשאינו דר בבית. אבל לגבי חיובו של השוכר נחלקו הראשונים אם הוא מן התורה או מדרבנן. עיין בזה בתוס' מנחות מ"ד. ד"ה טלית ובריטב"א כאן וחינוך מצ' תכ"ג ובמנ"ח שם.

דף קב.

אפשר בגובתא דקניא. מבואר שמותר להכניס את המזוזה לתוך קנה ולחבר את הקנה למזוזות הפתח ואין בזה חשש של חציצה של הקנה בין המזוזה למזוזות הפתח. הפת"ת ביו"ד ס' רפ"ט סק"ב כתב בשם הגאון שאין לכרוך את המזוזה בקלף משום דהוי חציצה. וכתב ע"ז הפת"ת וצ"ע. וכונתו דקשה מכאן דמפורש שאין בזה חשש חציצה. ועיין במסכת מזוזה עם פירוש

פרשה סדורה למדן הגר"ח קניבסקי שליט"א באות נ"ו שכתב ששמע מהחזו"ר זצוק"ל שאינו מאמין שיצאו דברים אלו מפי הגר"א.

תוד"ה בגובתא. כתבו דמוכח מכאן כשיטת רש"י שמניחים את המזוזה מעומד ולא כר"ת שמניח אותה מיושב. ואינו מובן כונתם ועיין מה שכתב בזה המהר"ם וכדבריו כתב גם הב"ח ביו"ד ס' רפ"ט.

לא יטלנה בידו. כתב הריטב"א דאפשר שחייב בעה"ב לפרוע דמי המזוזה. איתא במנחות מ"ד. השוכר בית בא"י חייב במזוזה מיד משום ישוב א"י. ופרש"י דכיון שאסור ליטול את המזוזה כשיוצא, השוכר לא יצא ותהיה א"י מיושבת. וכתב הבית הלוי בספרו על התורה בקונטרס בעניני מזוזה שלפ"ז השוכר בית בא"י מעכו"ם אינו חייב במזוזה עד ל' יום כיון שכששוכר מעכו"ם מותר ליטול את המזוזה וא"כ חיוב מזוזה לא יגרם ישוב א"י.

תוד"ה לא יטלנה. הקשו מ"ש מציצית שמטילין מבגד לבגד. ותי' דמזוזה שאני דמזיקין באים לבית שאין בו מזוזה. הנ"י כתב וז"ל שאני הכא דכיון דחיייל קדושת שכינה בבית זה אין לסלקו משם. הריטב"א כתב דאה"נ אם דעתו לקבוע את המזוזה בבית אחר מותר ליטלו, וכ"כ התוס' בשבת נ"ב.

בחצר דמשכיר ותורי דעלמא. פרש"י דאיירי בחצר דמשכיר שלא השכירו לשוכר ולכן הזבל של המשכיר, אבל חצר השכורה קונה לשוכר. מה שבעה"ב נקרא משכיר אף שלא השכיר את החצר כלל הוא משום שהשכיר את הבית ויש לשוכר הילוך בחצר כדי להגיע לבית. כ"כ המ"מ בפ"ו משכירות ה"ה בדעת רש"י, וכן כמבואר בשיטמ"ק בד"ה אי לימא בשם הראב"ד ועוד ראשונים ולכן יש על המשכיר שם משכיר. אך קנין הילוך אינו מספיק כדי שיקנה בקנין חצר כמבואר בריטב"א שהובא בש"ך ס' קצ"ח סק"ו, ועיין בזה בסמוך על תוד"ה תרתי. שיטת הרמב"ם בפ"ו משכירות ה"ה שחצר השכורה קונה למשכיר והכא הזבל למשכיר אף שהשכיר את החצר לשוכר. הראב"ד כתב שחצר שכורה קונה לשוכר מידי דהוי אשוכר את מקומו. וכונתו דמבואר בכמה מקומות שקונים ע"י שכירות מקום א. לעיל י"א: וכן בקידושין כ"ו: במעשה דר"ג וזקנים עישור שאני עתיד למוד נתון ליהושע ומקומו מושכר לו. ב. בב"ב ע"ו: עד שימשכנו או שישכור את מקומו. ג. בקידושין כ"ה: פיל במאי קנה ליה שוכר את מקומו. ואף שהש"ך בס' ר"ג סק"א כתב בשם בעל העיטור דשוכר את מקומו אינו קנין חצר אלא קנין אגב כבר תמחה על דבריו דמפורש לעיל י"א: דמקומו מושכר הוא קנין חצר. עיין מה שכתבו בדבריו בהגהת אמרי ברוך בשו"ע ס' ר"ג ובכה"ל ח"ג ס' מ"ו אות ג'.

הש"ך בס' ש"ג סק"א כתב ב' דרכים לישב שלא יקשה על הרמב"ם מהא דשוכר את מקומו. א. מה דסבר הרמב"ם שחצר שכורה קונה למשכיר ולא לשוכר זה בדבר הפקר אבל כשיש דעת אחרת מקנה מודה הרמב"ם שיכול השוכר לקנות. וביאור דבריו הוא שגם הרמב"ם מודה שקנין ההשתמשות שיש לשוכר הוא מספיק כדי שיוכל לקנות בקנין חצר, אלא שסובר הרמב"ם שקנינו של המשכיר אלים טפי כיון שהגוף שלו. ודמי לנידון של רכוב ומנהיג שכל אחד בפנ"ע ראוי לקנות וכשיש את שניהם יחד לא אמרינן שכ"א קנה מחצה אלא ספק לעיל ח: מי קונה ומבואר ששנים שעושים מעשה קנין יחד מי שקנינו אלים טפי קונה הכל. וכן כאן גם לשוכר וגם למשכיר יש מספיק בעלות על החצר כדי לקנות בקנין חצר ואעפ"כ בדבר הפקר שניהם יכולים לזכות וזכה המשכיר ולא השוכר כיון שהגוף שלו. אבל היכא דאיכא דעת אחרת מקנה ההקנאה היא לשוכר בלבד ואין שייכות למשכיר בזכיה זו, בזה מודה הרמב"ם שזוכה השוכר.

ב. עוד כתב הש"ך שמודה הרמב"ם היכא ששכר את החצר כדי לקנות על ידו בקנין חצר שקונה השוכר. וביאור דבריו הוא דמה שיש לשוכר קנין השתמשות בחצר אינו סיבה שיקנה ע"י חצר זה בקנין חצר כיון שאין הגוף שלו. אבל אם שכר את החצר במיוחד כדי לקנות על ידו בקנין חצר א"כ קנה השוכר את החצר לשימוש זה של קנין חצר. ודמי ללוקח דקל לפירות שלענין שימוש זה של קנין חצר החצר קנוי לו. ואף דמסבא היה נראה שאין אפשרות לקנות חצר לענין לקנות על ידו בקנין חצר דקנין חצר הוא תולדה ממה שהחצר קנוי לשימושו ונחשב רשותו ואם השימושים אינם מספיקים ליחשב רשותו כשאין הגוף שלו מה יוסיף מה שהחצר קנוי לו לענין קנין חצר, אמנם מצאנו בכמה מקומות קנין בחצר לענין קנין חצר.

איתא לעיל ט: משוך בהמה וקני כלים שעליה מהו. וע"ש בתוס' מה שכתבו בביאור הספק. הריטב"א שם מבאר דאין הנידון שם לקנות בקנין משיכה אלא שהמוכר משאיל לקונה את בהמתו כדי לקנות על ידה את הכלים בקנין חצר. והמשיכה היא כדי לקנות קנין שאלה בבהמה ואת הכלים הוא קונה בקנין חצר. ומקשה הריטב"א א"כ מה הספק הרי פשוט שחצר שכורה קונה לשוכר. ומתיר הריטב"א דמה שחצר שכורה קונה לשוכר היינו כשמושכר לו לכל תשמישיו ונחשב רשותו וממילא קונה בקנין חצר. אבל במשוך בהמה וקני כלים שעליה אין הבהמה מושאלת לקונה לשום שימוש אלא רק לקנות על ידו בקנין חצר בלבד. ובזה מספקא לגמ' אי מהני או לא. ומצד אחד דברי הריטב"א הם הפך דברי הש"ך בדעת הרמב"ם. שהש"ך כתב שהרמב"ם ס"ל שאם משכיר את החצר לכל תשמישיו אין השוכר קונה בקנין חצר, ואם משכיר לו במיוחד כדי לקנות על ידו בקנין חצר מודה הרמב"ם דמהני. דהיינו ששכירות לענין קנין חצר בלבד עדיף משכירות לשימוש, והריטב"א ס"ל איפכא דחצר שמושכר לתשמישים בודאי קונים על ידו בקנין חצר והיכא שאינו מושכר אלא לקנין חצר מספקא לגמ' אי מהני או לא. אך מאידך מבואר בריטב"א שיש צד לגמ' לומר דאיכא קנין שכירות לענין קנין חצר אף שאין לו שום שימושים אחרים.

הלח"מ בפ"ו משכירות ה"ה מקשה על הרמב"ם מהמשך הגמ' זאת אומרת המשכיר חצרו סתם לא השכיר את הרפת שבה ולכן הזבל שברפת הוא של המשכיר. מפורש שאם היה משכיר את הרפת היה הזבל של השוכר. וכתב בזה הקצה"ח בס' ש"ג סק"א שברמ"ה מבואר שמה שחצר שכורה קונה למשכיר הוא משום שסתם משכיר חצרו לאחר משייר לעצמו קנין בחצר לענין לקנות על ידו בקנין חצר. וכתב הקצות שלענין זה רפת שאני דכיון שעיקר שימוש הרפת הוא מקום להעמדת הבהמות ועי"ז מתאסף שם הזבל אם משכיר את הרפת בודאי לא שייר לעצמו קנין חצר שלזה עומד הרפת ובודאי שהוא בכלל השכירות. ולכן מבואר בגמ' שהזבל למשכיר רק מפני שהמשכיר את החצר לא השכיר את הרפת. עכ"פ מבואר בדברי הרמ"ה שמביא הקצות שיש מציאות שהחצר קנוי לכל תשמישיו לאחד ולענין קנין חצר הוא קנוי לאחר. וזה כנ"ל שיש בעלות בחצר לענין קנין חצר ואין קנין חצר רק תולדה משאר שימושי החצר.

הנתיבות בפתיחה לס' ר' מבאר את שיטת הרמב"ם על דרך הש"ך דהיכא שמשכיר במיוחד כדי לקנות בקנין חצר מודה הרמב"ם. ומדמה הנתיבות ענין זה לדין של יד פועל כיד בעה"ב דמבואר לעיל י"ב: דאף שמציאת פועל לעצמו מ"מ אם שכר

ללקט מציאות מציאותו לבעה"ב. והיינו משום שהוא פועל למלאכה זו. והמשכיר חצר סתם דמי לפועל סתם שמציאותו לעצמו, והמשכיר כדי שיקנה השוכר בקנין חצר דמי לשוכר פועל ללקט מציאות. וכדברים אלו כתב גם האו"ש בפ"ו משכירות ה"ה ומישב בזה את שאלת הלח"מ הנ"ל דכיון שרפת עומד להעמיד בהמות אם היה משכיר את הרפת זה היה נחשב כמשכיר כדי לקנות על ידו בקנין חצר ודמי לשוכר פועל ללקט מציאות. וזה על דרך הקצות הנ"ל. עכ"פ למדנו מדברי הריטב"א הרמ"ה הש"ך הקצות הנתיבות והאו"ש ששייך קנין בחצר לענין לקנות על ידו בקנין חצר, ואין קנין חצר תלוי רק במה שהחצר קנוי לו לשאר תשמישו.

המחנ"א בקנין חצר ס' ג' מביא בשם המהרי"ט שלרמב"ם שחצר שכורה קונה למשכיר אם היה ביתו של הלוקח מושכר למוכר קונה הלוקח ע"י חצרו בקנין חצר. המחנ"א חולק וס"ל שגם לרמב"ם אין המשכיר קונה אלא מעלמא אבל לקנות מהשוכר אינו יכול כיון שלא יצא הממון מרשות המוכר. ויש לעיין בזה מהגמ' של מקומו מושכר דמבואר דבאופנים שחצר שכורה קונה לשוכר זה קונה אפי' מהמשכיר ולא אמרינן שרק מעלמא הוא קונה ולא מהמשכיר, א"כ ה"ה שלרמב"ם שחצר שכורה קונה למשכיר שיקנה אפי' מהשוכר. [וכן מבואר בשיטה כאן ד"ה לענין פסק שאם החצר מושכר לשוכר לכל תשמישו השוכר קונה את הזבל אפי' שהוא מבהמותיו של המשכיר]. והדברים ק"ו שלרמב"ם קנינו של המשכיר עדיף מקנינו של השוכר לענין קנין חצר, ואם רשות המשכיר אינו מקלקל את קנינו של השוכר כ"ש שרשות השוכר לא יקלקל את קנינו של המשכיר.

הש"ך בס' שיי"ג כתב עוד דמדברי התוס' משמע דס"ל כשיטת הרמב"ם שהקשו לעיל י"א: בד"ה וכי אין זוכה המשכיר הרי אין החצר משתמרת למשכיר שהשוכר משתמש בחצר [ע"ע בזה בתוס' בגיטין ע"ט: ד"ה פנימית]. משמע דס"ל דאירי בחצר המושכרת לשוכר ואעפ"כ המשכיר קונה. הגאון בס' שיי"ג סק"ז כתב דאין מזה ראייה דאף שלא השכיר אין הדרך שמקפיד על שימושיו ולכן אינו משתמר למשכיר. ועי"ל דהובא לעיל שהראב"ד מפרש דאף שלא השכיר את החצר לשימוש מ"מ הוא קנוי לשוכר להילוך, וכן כתבו ר' יהונתן והרמ"ך, ולכן הקשו התוס' שאינו משתמר מפני שהשוכר מתהלך שם.

היוצא מן התנור והכירים. עיין בנ"י דלא איירי בתנור של השוכר ולא של המשכיר דא"כ פשיטא שהאפר של בעל התנור אלא של אדם מעלמא והוא מפקיר את האפר והאפר אינו בחצר ולא באויר החצר והשוכר זוכה באפר כשקדם וזכה בו. הטור בס' שיי"ג כתב בשם הרמ"ה דאירי בתנור שמושכר לשוכר לאפות בו ואשמועינן דכיון ששוכרים לו אפי' אם באו אחרים לבשל ולאפות בהם האפר של השוכר. הרמ"א בסע' ד' מביא דברי הרמ"ה להלכה. ותמה הסמ"ע שהטור מביא דברי הרמ"ה משום דס"ל כשיטת רש"י שחצר שכורה קונה לשוכר לכן גם התנור שמושכר לשוכר קונה לו אפר הפקר. אבל השו"ע פסק בסע' ג' כשיטת הרמב"ם שחצר שכורה קונה למשכיר וא"כ למה מביא הרמ"א על דברי השו"ע את דברי הרמ"ה דקאי בשיטת רש"י. ועיין מש"כ בזה הגאון סק"ז והקצות סק"ב.

חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו. צריך להבין טעמו של ר"י ברי"ח מ"ש קנין חצר מכל שאר הקנינים שצריכים דעת קונה כשאין דעת אחרת מקנה ולמה חצר קונה שלא מדעתו בלי דעת קונה. ועוד צ"ב דמבואר בתוס' לעיל י"א. ד"ה ילפינן שגם למ"ד דקטן וקטנה יש להם חצר דילפינן קטן מקטנה ומציאה מגט אינו קונה קנין גמור דמציאת חשו"ק אין בהם גזל אלא מפני דרכי שלום. ומבואר דכשם שאין לקטן דעת לקנות במשיכה והגבהה כך אין לו דעת לקנות בקנין חצר, ואמאי הא חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו ולא בעינן דעת קונה. ואין לומר שאין החסרון בקטן משום דעת קונה אלא שאין מעשה קנין לקטן דחזינן דהיכא דאיכא דעת אחרת מקנה קטן חצרו מן התורה, וא"כ אמאי אינו קונה נמי בקנין חצר. ויש להוכיח מזה שגם קנין חצר צריך דעת קונה ככל שאר הקנינים, ומה שחצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו הוא משום דאיכא אומדנא קבועה שדעתו ורצונו לקנות כל מה שנכנס לרשותו אם זה דבר שהוא יכול לזכות בו כהפקר או מתנה. ולכן בקטן שאין לו דעת אין החצר קונה.

ראיה ליסוד זה יש להביא מדברי הראשונים לעיל כ"ו. שהקשו על המשנה של מצא בגל ובכותל ישן הרי אלו שלו מפני שיכול לומר לו של אמורים הן אמאי אין בעל החצר זוכה בזה בקנין חצר. וכמה דרכים נאמרו בראשונים שם ביישוב קושיא זו. המרדכי שם כתב שאין חצרו של אדם קונה לו שלא מדעתו אלא דבר שרגיל לבא לחצר אבל שאינו רגיל להימצא בחצר אין החצר קונה שלא מדעתו. והובאו דבריו ברמ"א ס' רס"ח סע' ג'. ואי אמרינן שיש הלכה בקנין חצר שלא צריך דעת קנין מה נ"מ אם רגיל להמצא שם או לא, אלא מבואר כנ"ל דביסוד הקנין אין הבדל בין חצר לשאר קנינים אלא שדעתו של אדם על כל מה שנכנס לחצרו וזה נחשב כרצון קבוע לקנות כל מה שנכנס לרשותו. ולענין זה סובר המרדכי שאין דעתו על דברים שאין רגילים להימצא בחצר ולגבי דברים אלו חצר שזה לכל שאר הקנינים שצריכים דעת קונה ואין החצר קונה שלא מדעתו.

כל המציאות שיבואו לתוכו וכו'. מסקנת הגמ' שהרישא איירי בחצר שאינה משתמרת, ובסיפא כיון שיצא שם מציאה בעיר מיבדל בדילי מינה והוי כחצר המשתמרת. ומשמע בברייתא שגם בזה הוא קונה רק אם אמר שכל המציאות שיבואו יזכה לי חצרי. וכתב הרא"ש דאף דבעלמא לא בעינן אמירה הכא שאין החצר משתמרת ממש אלא רק ע"י המיבדל בדילי בעינן שיאמר תזכה לי חצרי. וכן מבואר ברמב"ם בפ"ד מזכיה ה"ט דבחצר שאינה משתמרת אם הקונה עומד בצד שדהו הוא קונה דנעשה ע"י עמידתו כחצר המשתמרת ובעינן שיאמר תזכה לי חצרי כיון שאין החצר משתמרת מצד עצמו אלא מכח עמידתו. וכתב המחנ"א בקנין חצר ס' ב' שמקורו של הרמב"ם מכאן דכל שאין החצר משתמרת מצד עצמו אלא ע"י דבר אחר כגון שיצא שם מציאה או עומד בצידו בעינן אמירה. ומוסיף המחנ"א שענין האמירה הוא שבזה עושה בעל החצר את חצרו לשלוחו לקנות עבורו. ואם החצר משתמרת ממש היא ממילא שלוחו ולא בעינן מינוי אבל אם אינה משתמרת ממש אינה נעשית שלוחו אלא ע"י מינוי, וסובר המחנ"א שיש מציאות של מינוי בחצר.

המחנ"א בסוף דבריו כתב שהרא"ש לא ס"ל בזה כרמב"ם שהרא"ש כתב לעיל י"א. שבעומד בצד שדהו לא בעינן שיאמר תזכה לי חצרי. ולכאורה זה סותר את הרא"ש כאן שכתב דכיון שאינה משתמרת ממש בעינן שיאמר תזכה לי חצרי. ובפרט לדברי המחנ"א שמקורו של הרמב"ם הוא מכאן. ונראה דאף שהרמב"ם מדמה שם מציאה לעומד בצד שדהו הרא"ש מחלק ביניהם. שהרא"ש סובר שעומד בצד שדהו נחשב משתמר ממש דמ"ל חומה מסביב לחצר מ"ל שמעמיד שומר או ששומר בעצמו. ולכן בזה סובר הרא"ש דלא בעינן אמירה. אבל מיבדל בדילי שנזכר כאן לומר הרא"ש שאינו עושה שהחצר תהיה מקום המשתמר כלל אלא רק שחפץ זה נשמר בחצר, דע"י שיצא שם מציאה בעיר ונודע לכולם שהמציאה היא בחצרו של פלוני אין חשש שאחרים יקחו את המציאה. וסובר הרא"ש דסגי בזה שהחפץ נשמר בחצר ולא בעינן שהחצר תהיה מקום שמשמר כל מה שמונח בו. ובכה"ג נחשב חצר שאינה משתמרת ממש ובעינן אמירה של תזכה לי חצרי. אבל העומד בצד שדהו ע"י עמידתו

החצר משמר כל מה שמונח בו והוי משתמר ממש ולא בעינן אמירה. ואדרבה צריך להביא איך למד הרמב"ם מכאן לעומד בצד שדהו הרי אינו דומה כנ"ל. ונראה דהרמב"ם והרא"ש פליגי בדברי ר"ת כמו שיבאר בסמוך.

השיטמ"ק כתב על הגמ' של מיבדל בדילי מינה בשם ר"ח וז"ל כיון שיצא לו שם מציאה בדילי אינשי מינה ומתיראין להכנס בתוכה שמא יאמר להם השלטון אתם שנכנסתם בחצר לקחתם המציאה לפיכך הויה לה כחצר המשתמרת עכ"ל. מה שצריך ר"ח לאריכות דבריו הוא דפשיטא ליה דלא מהני מה שהחפץ משתמר בחצר אלא בעינן שהחצר יהיה מקום המשתמר לכל מה שמניחים בו ורק אז זה מקום הראוי לקנין. לכן כתב שהמיבדל בדילי לא רק גורם שלא יקחו חפץ זה אלא זה גורם שלא יכנסו כלל לחצר מחשש שיחשדו שהם לקחו את המציאה וא"כ שפיר הוי החצר מקום המשמר גם שאר חפצים המונחים בו. ונראה שהרמב"ם ס"ל בזה כר"ח והיה קשה לרמב"ם ממ"נ אם השם מציאה רק משמר חפץ זה לא יקנה אפי' אם יאמר תזכה לי חצרי שאין זה משתמר כלל. ואם השם מציאה גורם שלא יכנסו לחצר מ"מ כיון שאין החצר משמר מצד עצמו אלא ע"י דבר אחר אין זה נחשב הרמב"ם דאף שע"י השם מציאה לא יכנסו לחצר אלא רק שלא יקחו חפץ זה. וסגי בזה אף שאין שאר חפצים נשמרים בחצר כר"ח והכא אין השם מציאה גורם שלא יכנסו לחצר אלא רק שלא יקחו חפץ זה. וסגי בזה אף שאין שאר חפצים נשמרים בחצר זה. ובכח"ג זה נחשב אינו משתמר ממש ובעינן אמירה, ואין ללמוד מזה לעומד בצד שדהו שע"י העמידה החצר משמר כל מה שמונח בו שיצטרכו אמירה של תזכה לי חצרי.

נמצא דאיכא ג' דרגות בחצר המשתמרת א. חצר משתמרת מצד עצמה כגון שמוקפת מחיצה לכו"ע לא בעינן אמירה. **ב.** חצר שאינה משתמרת מצד עצמה אלא ע"י דבר אחר כעומד בצידו לרמב"ם צריך אמירה מפני שהחצר מצד עצמו אינו משתמר, ולרא"ש לא בעינן אמירה כיון שלמעשה החצר משמר כל מה שמונח בו. ג. חצר שאין משמרת שאר חפצים כלל אלא רק חפץ זה נשמר בתוכו מחמת דבר אחר, לר"ח ולרמב"ם אינו קונה כלל אפי' עם אמירה, ולרא"ש קונה וצריך אמירה. [ואין להקשות מדברי ר"פ לעיל י"א: שבדעת אחרת מקנה לא בעינן שהקונה יעמוד בצידו, ושיטת רבינו פרץ שהובא בשיטה שם שהטעם הוא מפני שאין אחר יכול לקחת כיון שהמקנה לא הקנה אלא לקונה זה, ורק בהפקר שכ"א יכול לזכות בעינן עומד בצידו כדי שיהיה משתמר, ומבואר דאף שאין החצר משמר בתוכו שאר חפצים כיון שחפץ זה נשמר בתוכו הוא קונה, דאין זה אלא לפירושו של רבינו פרץ אבל הרא"ש מפרש שם בענין אחר דבדעת אחרת מקנה מהני שמירת המקנה בשביל הקונה, ובעינן דוקא שהמקנה יעמוד בצד השדה, וא"כ זה משתמר ממש ע"י המקנה. ויש עוד דרכים בביאור דברי ר"פ כמו שכתבנו בס"ד שם. ועוד שיש ראשונים דס"ל דלא קי"ל כדברי ר"פ].

בעי רבא זרק ארנקי וכו'. הקה"י בס' י"ט מסתפק אם מה שאויר חצר קונה הוא מחמת עצמו שגם זה רשותו או שהרשות הראוי לקנין הוא הקרקע והאויר קונה מפני שמה שנמצא באויר נחשב כמונח על הקרקע. המעיין בדברי הנתיבות בס' ר' סק"ח יראה שמבואר בתוך דבריו דס"ל שכזה תלוי הספק של רבא באויר שאין סופו לנוח. שאם האויר קונה מצד עצמו לא בעינן סופו לנוח, ואם האויר קונה מפני שמה שנמצא באויר הוא כמונח ע"ג קרקע בעינן סופו לנוח. הקה"י כתב להביא ראיה לספק זה ממה שאמרו כאן שבמפסיק כלי אין האויר קונה ואם האויר קונה מחמת עצמו מה בכך דמפסיק כלי. וכתב לדחות ראיה זו ע"פ דברי הרמב"ם ע"ש ועיין מה שכתבנו בזה בס"ד לעיל י"ב. ובגיטין ע"ט.

תודה תרתי. בחידושי הריטב"א [הישן] בדף י. מבואר שהשוכר בית, ובחצר יש לו רק דריסת הרגל כדי להגיע לבית ולא שימושים אחרים, אין השוכר קונה ע"י החצר בקנין חצר דלא סגי לקנין חצר בקנין לדריסת הרגל בלבד. והובאו דבריו בש"ך ס' קצ"ח סק"ו. וכתב הגאון בהגהת הגר"א כאן, וביתר ביאור בביאור הגר"א שם סק"ז, שמדברי התוס' כאן משמע דפליגי על הריטב"א. וכוונתו שלדברי התוס' שאלת הגמ' תרתי הוא שמרפת משמע שרק ברפת שאין לשוכר שום שימוש הזבל של המשכיר אבל בחצר שיש לו עכ"פ הילוך הזבל לשוכר, והדר קתני שאף בחצר הזבל למשכיר אף שיש לשוכר הילוך. ויוצא לפירוש התוס' שאחר תירוץ הגמ' רפת שבחצר נשאר הדיוק מרפת שרק ברפת הזבל של בעה"ב אבל בחצר יהיה הזבל של השוכר מפני שהיא שלו להילוך, וזה דלא כריטב"א. וכתב הגאון דאשתמטתיה לש"ך דברי התוס'. ויש לעיין בדברי הגאון דמפורש בלשון התוס' שהדיוק מרפת שבא לאפוקי חצר הוא רק משום דלא איצטריך לגופיה דפשיטא שהשוכר בית אין לו ברפת, ולא תנא רפת אלא לאפוקי חצר. וא"כ למסקנא דקתני רפת לאשמועינן שהמשכיר חצר סתם לא השכיר הרפת שבה אין הכרח שרפת בא לאפוקי חצר.

ועוד צ"ע בדברי הגר"א שמה שיש מקום לדון שיקנה השוכר כשיש לו רק הילוך הוא רק באופן שהמשכיר אין לו שום שימוש בחצר ולשוכר יש רק שימוש של הילוך. אבל היכא שיש לשוכר הילוך ושאר השימושים הם של המשכיר פשיטא שאין ההילוך של השוכר עדיף משאר השימושים של המשכיר. וא"כ ליכא ראיה שהתוס' חולקים על הריטב"א, שהריטב"א מביא ראיה לדבריו מלעיל י: כי זכה ליה רחמנא לעניים בשדהו של בעה"ב להלוכי בה ולנקוטי פאה, למהוי חצרו לא זכה ליה רחמנא. והתם יש לעניים זכות הילוך ולבעה"ב יש גם הילוך וגם שאר שימושים, ובה פשוט שאין סיבה שיהיה העני עדיף מבעה"ב. והתוס' ע"כ איירי כשאין למשכיר שום שימוש ולשוכר יש הילוך בזה ס"ל דסגי בשימוש של הילוך כדי לקנות בקנין חצר. ועוד שגם הדיוק מרפת לאפוקי חצר הוא רק שבחצר שיש לשוכר הילוך לא יקנה בעה"ב אבל לא מוכח שיקנה השוכר. כן נקט החזו"א ב"ב ס' ג' סק"ג שכונת התוס' שיהיה הזבל הפקר וא"כ אין מזה סתירה לדברי הריטב"א שהריטב"א רק כתב שלא יזכה השוכר אבל לא שבעה"ב כן יזכה.

אמאי אסורות משום גזל אאמן. נחלקו רש"י ותוס' בביאור דברי בגמ'. רש"י ס"ל דס"ד שמה שיש גזל מפני דרכי שלום הוא רק על הביצים שהם קבועים בחצר ולא על האם שאינה קבועה בחצר. ופר"ך אי איירי כשעדיין לא פרשה הביצה מן האם א"כ גם הביצה אינה קבועה בחצר שאם תלך האם הביצה ילך עמה ואמאי איכא גזל מפני דרכי שלום על הביצה. ומשני אאמן, דהיינו שהגמ' חוזרת ממאי דס"ד דלעולם איכא גזל מפני דרכי שלום גם על האם, דאף שתלך הדרך שחוזרת למקומה וסמכא דעתיה עליה. וא"כ איכא גזל על הביצה שמחוברת לאם שהוא סומך דעתו גם על הביצה כמו שסומך דעתו על האם. התוס' והרמב"ם ס"ל שגם בה"א פשוט שעל האם יש גזל מפני דרכי שלום דאף שתלך תחזור ודעתו עליה. ושאלת הגמ' היא אם הביצה עדיין מחוברת לאם אמאי איכא גזל על הביצה, בשלמא האם אף שתלך תחזור למקומה אבל הביצה אם תיפול במקום אחר לא תחזור ואין סיבה לדרכי שלום על הביצה. ומשני אאמן, שרק על האם יש גזל ולא על הביצים. ולא"כ לעולם אביצים, לרש"י היינו על הביצים ולא על האם, ולתוס' והרמב"ם על האם ועל הביצים.

לשיטת רש"י צריך להבין תירוץ הגמ' דכיון שיש גזל מפני דרכי שלום על האם אף שאינה קבועה בחצר כך יש דרכי שלום על הביצה המחוברת לאם, דבשלמא על האם שפיר סומך דעתו אף שאינה קבועה בחצר מפני שגם אם תלך תחזור, אבל הביצה שמחוברת לאם לא תחזור אם תיפול במקום אחר ואין סיבה שיהיה גזל מפני דרכי שלום על הביצה. ומה יענה רש"י על טענת הרמב"ן בזה. ועיין בריטב"א שהקשה כן על פרש"י. ונראה דמחלוקת רש"י והרמב"ן תלוי במה שמסתפק הדבר אברהם בח"א ס' כ"א אות ט"ז בגדר גזל מפני דרכי שלום אם אינו קנין כלל אפי' מדרבנן אלא רק איסור לקחת כדי שלא יבואו לאינצוי ולכן אינו יוצא בדיינים, או שלגבי האיסור גזל לכתחילה זה קנוי לו מפני דרכי שלום ואף שאינו קנין גמור ואינו יוצא בדיינים מ"מ עד כמה שיש בזה איסור גזל זה קנין מפני דרכי שלום. ונ"מ מספק זה יהיה לגבי גידולין או ולדות של דבר שקנוי מפני דרכי שלום אם צריך סיבה לדרכי שלום בולד בפנ"ע ואם אין סיבה שסומך דעתו על הולד לא יהיה בולד גזל מפני דר"ש אף שנולד מדבר שיש בו גזל מפני דר"ש. שאם גזל מפני דר"ש אינו קנין כלל אין זה עובר לולד וצריך סיבה לדרכי שלום אצל הולד בפנ"ע. אבל אם האיסור גזל הוא קנין לגבי דר"ש הוא עובר ממילא לולד כמו כל דבר שנולד מקנינו שגם הוא קנוי ולא בעינן סיבה לדרכי שלום אצל הולד ואפי' אם אינו סומך דעתו על הולד יהיה בו גזל מפני דר"ש.

ברמב"ן ובתוס' כאן מבואר שאם אין סיבה לדר"ש אצל הולד אין זה עובר ממילא שהרי כתבו בהדיא דאף שיש גזל מפני דר"ש על האם מ"מ כיון שאינו סומך דעתו על הביצה אין בו גזל אפי' מפני דר"ש. ומוכח דס"ל שאינו קנין אלא איסור גזל כדי שלא יבואו לאינצוי בלבד. וא"כ י"ל דרש"י שחולק מודה לטענת הרמב"ן שאינו סומך דעתו על הביצה ואעפ"כ סובר רש"י כיון שיש דרכי שלום על האם הוא עובר ממילא לביצה דס"ל שהדין של דר"ש הוא קנין לענין זה ועד כמה שיש לו קנין באם יש לו קנין גם בולד אף שבולד עצמו אין סיבה לדרכי שלום. ולכן הוכרח רש"י לפרש שבשאלה הגמ' סברה שאין גזל על האם שאם יש מה שאלת הגמ' למה יש גזל על הביצה הרי אם יש גזל על האם ממילא יש גם על הביצה.

ורש"י והתוס' והרמב"ן לשיטתם בענין זה. שהדבר אברהם מדייק מלשונם של רש"י ותוס' בב"ק ק"ד: דפליגי בספק זה. דמבואר בגמ' שם שעל נחיל של דבורים יש גזל מפני דר"ש. וגרסת רש"י שם הוא דקנין דרבנן בעלמא קני ליה. משמע דהוי קנין. והתוס' גרסו שם דתקנתא בעלמא תקינו ליה. ולגרסתם אין ראייה שזה קנין. ורש"י דס"ל התם דהוי קנין ס"ל הכא שיש גזל גם על הביצה אף שאין בביצה סיבה לדרכ"ש.

עוד נחלקו הראשונים לענין קנין של דרכי שלום אי איכא חיוב של ד' אבות נזיקין בממון שיש בו קנין מפני דרכי שלום שהזיק ממון אחר. הרמב"ן במלחמות בב"ב י"ח: בסוגיא דחדלל כתב שמה שאין בדבורים שמזיקים חיוב של שן הוא משום שאינם שלו אלא מפני דרכי שלום וז"ל ואי קנין דבורים תורה היינו נמי שן דאמר רחמנא לתשלומין כדאמרין ובער אלא דלא קני להו אלא מפני דרכי שלום עכ"ל. והנ"י שם בדף י"ב. מדפי הרי"ף, הובא בקצה"ח ס' קנ"ה סק"ט, כתב שחיוב הרחקת שוכך הוא משום שיש בו חיוב שן וז"ל דיונים דמיא לשן דשורו להתחייב על נזיקהן חשבינן להו כאילו הוו שלו לגמרי אע"פ שאינו שלו לגמרי לחייב בהם משום גזל מיהא מפני דרכי שלום איכא עכ"ל. ומבואר שהרמב"ן ס"ל שדבר שקנוי מפני דר"ש אין בו חיוב ד' אבות נזיקין והנ"י ס"ל שיש בהם חיוב ד' אבות נזיקין. ועיין באו"ש ריש נזקי ממון שלומד בדעת הרמב"ם שאין הבעלים חייבים על מה שממונם מזיק כשהממון הוא שלו רק מדרכי שלום. וזה כשיטת הרמב"ן ודלא כנ"י. ולכאורה מחלוקת זו תלויה בספק הנ"ל שאם אין לו קנין כלל אין סיבה לחיוב נזקי ממון. ואף שמצאנו חיוב בשומר אף שאין הממון שלו היינו משום שהשומר נכנס תחת הבעלים, אבל שיהיה חיוב נזקי ממון בגלל שהממון ברשותו בלי שיהיה קנין בממון לא מצאנו. אבל אם דרכי שלום הוא קנין יש מקום לומר שיש בזה חיוב נזקי ממון. וא"כ הרמב"ן דס"ל הכא שאין זה קנין ולא עובר ממילא לולד לשיטתו דס"ל בב"ב שאין חיוב נזקי ממון בממון שאין בו גזל אלא מפני דרכי שלום.

נמצא שמחלוקת רש"י עם הרמב"ן ותוס' הוא בספיקו של הדבר אברהם אם דרכי שלום הוא קנין או לא, ויש מזה עוד ב' נ"מ א.אם מה שנולד מדבר שיש בו גזל מפני דר"ש יש גם בו גזל מדר"ש או שצריך סיבה לדרכי שלום בולד עצמו. ב.אם יש חיוב נזקי ממון בממון שקנוי רק מפני דרכי שלום. ועיין עוד מה שכתבנו בס"ד בספק זה בגדר גזל מפני דרכי שלום לעיל י"ב.

כל היכא דאיהו לא מצי זכי חצרו נמי לא זכיא ליה. הריטב"א כתב בשם י"מ דכלל זה נאמר רק לענין חצרו קונה לו שלא מדעתו, בזה אמרין דליכא אומדנא שרוצה לזכות שהרי אסור לזכות [עיין לשון הריטב"א שמוכא במחנ"א קנין חצר ס' ד'] אבל אם מכיון לקנות להדיא הוא קונה אף שיש איסור בזכיה. הריטב"א חולק וס"ל שאפי' כיוון בהדיא לקנות אינו קונה שאין חצר קונה דבר שאסור לזכות בו חוץ מגזילה דגלי קרא. המחנ"א בקנין חצר ס' ד' כתב שהטעם הוא משום שאין שליח לדבר עבירה. [ורע"א בהערותיו על המחנ"א תמה ע"ז דמבואר לעיל י': דילפינן מחצר לכל התורה דהיכא שאין השליח בר חיובא או דליכא אי בעי עביד ואי בעי לא עביד יש שליח לדבר עבירה].

כל זה לענין קנין חצר שהוא מטעם שליחות ואין שליח לדב"ע אבל אם הגביה את הבצים בידו כדי לזכות בהם אף דעבד איסורא קנה. כן מוכיח המחנ"א מדברי הריטב"א ע"ש. ובזה יתבאר היטב לשון הרמב"ם בפ"ג משחיטה הי"ח שכתב שלא קנה לו חצרו כשם שאינו יכול לזכות לאחרים. ואינו מובן למה שינה הרמב"ם מלשון הגמ' שתולה מה שאין החצר זוכה לו כמה דאיהו לא מצי זכי ובמקום זה כתב הרמב"ם שאינו זוכה כמו שאינו יכול לזכות לאחרים. ועי' בלח"מ שם שעמד בזה. ולדברי המחנ"א הדברים ברורים דמה דאיהו לא מצי זכי אין זה אלא איסור לכתחילה אבל בדיעבד אם כיוון לזכות הוא זוכה. ובחצר שהוא מדין שליחות לא מהני אפי' בדיעבד דהוי שליחות לדב"ע כמו שמבאר המחנ"א. וכונת הגמ' הוא דכיון דאיהו אית ליה איסורא לזכות ממילא לא מהני זכייתו ע"י חצרו דהוי שליח. ולכן דקדק הרמב"ם וכתב דמה שלא מהני זכייתו אפי' בדיעבד הוא משום דרמי לזכיה לאחרים שמהני מדין שליחות, וכשם שהזכיה לאחר לא יועיל אפי' בדיעבד משום דהוי שליחות לדב"ע כך לא מהני זכיית החצר אפי' בדיעבד שגם זה שליחות לדב"ע.

דף קב:

יחלוקו את חודש העיבור. מבואר במשנה דכיון דמספקא לן אי אמרינן תפוס לשון ראשון או לשון אחרון חולקין מספק. רב ס"ל בגמ' דקי"ל כבן ננס דס"ל במשנה בב"ב ק"ה. תפוס לשון אחרון ומתני' דהכא כרבנן דפליגי אבן ננס וס"ל דהוי ספק. שמואל ור"ע ס"ל דקי"ל דהוי ספק אי אמרינן תפוס לשון ראשון או לשון אחרון. ונחלקו מה הדין מספק. שמואל ס"ל שכל זמן שלא תפס השוכר הבית בחזקת המשכיר וכשתפס השוכר מהני תפיסתו ועל המשכיר להביא ראיה. ולדבריו מה דקתני מתני' חולקים איירי רק כשבא המשכיר באמצע החודש ואין זה דין יחלוקו אלא שמה שתפס בחזקתו ומה שלא תפס הוא בחזקת

המשכיר. ור"נ ס"ל שלא מהני תפיסת השוכר ולעולם הבית בחזקת המשכיר ועל השוכר להביא ראיה. ולא נתבאר בגמ' איך יפרש ר"נ את המשנה שאומרת יחלוקו. וכתבו הרמב"ן והנ"י דר"נ ס"ל דמתני' כסומכוס דאית ליה ממון המוטל בספק חולקין ואנן קי"ל כרבנן דאזלינן בתר חמ"ק וכיון שהבית בחזקת המשכיר על השוכר להביא ראיה.

הקונה"ס בכלל א' אות א' מביא שהרשב"ם בב"ב קס"ו: והתוס' בבכורות מ"ה. ס"ל שגם סומכוס שסובר ממון המוטל בספק חולקין הוא רק בספק במציאות אבל בספיקא דדינא הואיל ואין הדיינים יודעים לפסוק הדין יהיו שותקין והמחזיק יחזיק במה שבידו. דהיינו שאין הדיין יכול לעשות מעשה לחלוק כשאינו יודע את הדין. ובאות ב' מקשה הקונה"ס מכאן דמבואר במשנה שחולקין מספק ולר"נ ע"כ מתני' כסומכוס, ומוכח שגם בספק של תפוס לשון ראשון, דדמי לספיקא דדינא שאין הדיין יודע להכריע אם עיקר סמיכות דעתו של אדם על תחילת דבריו או על סוף דבריו, סובר סומכוס שחולקין. ומביא הקונה"ס שהמל"מ בפ"ז משכירות ה"ב ס"ל שהספק של תפוס לשון ראשון או לשון אחרון אינו נחשב ספיקא דדינא אלא ספק במציאות שלא ידוע דעת בנ"א. ולדבריו ניהא אך כתב הקונה"ס שמתברר שלגבי סברת הרשב"ם ספק כזה נידון כספק בדין. וכתב הקונה"ס לישב ע"פ מה שכתבו התוס' בד"ה ובא שר"י ס"ל שדעתו על כל מה שאמר ולכן במקום שאפשר לקיים שניהם כגון בתמורה שיכול להיות גם תמורת שלמים וגם תמורת עולה חלים שניהם וימכר ויביאו בחצי דמיו שלמים ובחצי דמיו עולה. ובמקום שיכול להיות פירוש אמרינן שסוף דבריו הם פירוש של תחילת דבריו. ובמקום שדבריו סותרים זה את זה וא"א לקיים שניהם הוי ספק. ומבאר הקונה"ס שאין זה ספק משום דמספקא לן על מה עיקר דעתו אלא אמרינן שדעתו על שניהם והוי ספק כעין הספק של מקדש אחת מב' נשים. ובספק כזה אין החסרון בדין דאין אפשרות להכריע ספק זה לכן לענין סברת הרשב"ם זה דומה לספק במציאות שחולקין לסומכוס.

ביאור מחלוקת שמואל ור"נ. כמה דרכים נאמרו בראשונים בביאור מחלוקת ר"נ ושמואל. התוס' הקשו לעיל ו: על שמואל דס"ל שמהני תפיסת השוכר הרי קי"ל תקפו כהן מוציאים מידו ולא מהני תפיסה מספק. וכתבו התוס' דשאני הכא שנכנס בהתר לכן מהניא תפיסתו. והיינו דנחשב תפיסה ברשות כיון שלא לקח בדרך תפיסה אלא קיבל את הבית מהבעלים. וכ"כ הנ"י שם. ומה שר"נ חולק וס"ל דלא מהני תפיסת השוכר כתב הנ"י דס"ל שלא מהני תפיסה ברשות בקרקע, מפני שאין התפיסה בקרקע תפיסה גמורה שאין הממון תחת ידו ממש. ולפ"ז בשכירות מטלטלין יודה ר"נ לשמואל שמהני תפיסת השוכר, וכן מבואר בתוס' לקמן ק"ג. בד"ה פרדיסי. התוס' בב"ב ס"א: כתבו דהא דלא מהני תפיסת השוכר לר"נ [אף דהוי תפיסה ברשות] הוא משום דכיון שאינו תופס את גוף הממון, שגם לדברי השוכר הגוף של המשכיר וסופו לחזור למשכיר, א"כ הממון נשאר בחזקת המשכיר גם כשנמצא ביד השוכר. ולפ"ז ר"נ חולק גם בשכירות מטלטלין. נמצא שלנו מחלוקת ר"נ ושמואל הוא אם מהני תפיסה ברשות בקרקע, ולתוס' בב"ב המחלוקת הוא אם מהני תפיסה כשאינו תופס את הגוף אלא את תשמישיו וסופו לחזור לבעלים.

הרא"ש לעיל ו: כתב דקי"ל תקפו כהן מוציאים מידו ולא מהני תפיסה מספק והכי אמר ר"נ גבי מרחץ דלא מהני תפיסת השוכר מספיקא. וסברת שמואל דמהני תפיסת השוכר מבאר הרא"ש דאין זה משום דס"ל דמהני תפיסה בספיקא אלא ס"ל שאם לא בא המשכיר עד סוף החודש ודאי אודיי אודי ליה לשוכר שחודש העיבור בכלל השכירות. מבואר ברא"ש דאין חסרון בתפיסת קרקע ולא בתפיסת דבר שסופו לחזור ומה דלא מהני התפיסה לר"נ משום דס"ל שאין זה תפיסה ברשות כמו שיבאר לקמן בס"ד והוי ככל תפיסה בספק דמוציאים מידו. ושמואל חולק משום דס"ל דאיכא הודאה של המשכיר. ולדבריו מחלוקת ר"נ ושמואל הוא גם בשכירות מטלטלין. וצ"ע דלכאורה דבריו שם סותרים מה שכתב הרא"ש כאן שבמטלטלין ר"נ מודה דמהני תפיסת השוכר. ועוד צ"ב בדברי הרא"ש אם גם שמואל מודה דלא מהני תפיסה, ומה שבא בסוף החודש לשוכר הוא משום אודיי אודי אמאי כשבא באמצע החודש חולקין אי איכא הודאה יהיה הכל לשוכר ואי ליכא הודאה יהיה הכל למשכיר. עיין בתוס' בב"ב ק"ה. [ובמהרש"א שם] שעמדו בזה.

מדברי רש"י כאן נראה דמפרש מחלוקת ר"נ ושמואל באופן אחר ולא כשאר הראשונים שהובא דבריהם לעיל. שרש"י בד"ה כולו למשכיר כתב שמה שלשמואל בבא בתחילת החודש כולו למשכיר הוא משום דהעמד קרקע בחזקת בעליה. ובבא בסוף החודש דסבר שמואל שכולו לשוכר כתב רש"י משום דהעמד ממון בחזקתו. וביאור דברי רש"י הוא שהראשונים הקשו על דברי ר"נ שהבית בחזקת המשכיר ומספק השוכר משלם על חודש העיבור, ואמאי לא אמרינן דאף שהבית בחזקת המשכיר מ"מ הכסף הוא בחזקת השוכר ואין מוציאים ממנו דמי שכירות של חודש העיבור מספק. ועיין לקמן מה שכתבנו בדברי הר"ן בענין זה. ורש"י ס"ל שגם לשמואל הבית בחזקת המשכיר ומה שבא בסוף החודש כולו לשוכר אינו משום דמהני תפיסת השוכר אלא משום שאם לידת הספק הוא בסוף החודש אחרי שכבר גר בבית אין הספק אם יש לו זכות לדור בבית או לא אלא אם חייב לשלם עבור חודש זה או לא. וכיון שהספק הוא לגבי התשלום לא אזלינן בתר חזקת המשכיר על הבית אלא בתר חזקת השוכר על ממונו. ורק כשבא המשכיר בתחילת החודש הנידון אינו על תשלום השכירות אלא אם יש לו זכות לדור בבית או לא. ולגבי זה אזלינן בתר החזקה של הבית. ואחר שנפסק שאין לו זכות לדור בבית בחודש העיבור ממילא אם רוצה לדור צריך להוסיף דמים. דהיינו שלרש"י התי' על שאלת הראשונים הוא שיסוד הספק הוא בבית ולא על התשלומין. אבל זה רק בבא בתחילת החודש שאז הנידון הוא על הבית משא"כ כשבא בסוף החודש הספק אינו על הבית אלא על התשלומין ולגבי זה אזלינן בתר המוחזקות של השוכר על דמיו. ומה דפליג ר"נ וס"ל שאפי' בבא בסוף החודש הכל למשכיר מבאר רש"י בד"ה ור"נ דר"נ ס"ל שאפי' כשבא המשכיר בסוף החודש לידת הספק הוא בתחילת החודש שהספק נולד מעצמו כשמגיע הזמן שעליו יש ספק. וכיון שהספק מתחיל בתחילת החודש הספק הוא לא על התשלומין אלא על הבית, והבית הוא בחזקת המשכיר.

לפירוש רש"י לכו"ע הבית בחזקת המשכיר ולכו"ע לא מהני תפיסת השוכר על הבית או משום דתקפו כהן מוציאים מידו או משום דלא מהני תפיסה בקרקע או משום דלא מהני תפיסה בשכירות כיון שסופו לחזור לבעלים. ולכו"ע כשלידת הספק הוא בתחילת החודש הספק הוא על הבית והבית בחזקת המשכיר וכין שנפסק שהבית של המשכיר צריך השוכר לשלם את חודש העיבור. ולכו"ע כשלידת הספק הוא בסוף החודש הנידון הוא על התשלומין ולא על הבית והממון הוא בחזקת השוכר. ומחלוקת ר"נ ושמואל הוא רק מתי הוא לידת הספק. לשמואל לידת הספק הוא כשבא המשכיר, ולר"נ לידת הספק הוא בתחילת החודש אפי' אם המשכיר בא רק בסוף החודש.

נמצא ד' דרכים בביאור מחלוקת ר"נ ושמואל. א. לנ"י פליגי אי מהני תפיסה ברשות בקרקע. ב. לתוס' בב"ב פליגי אי מהני תפיסה ברשות בשכירות שסופו לחזור לבעלים. ג. לרא"ש בפ"ק פליגי אם מה שלא בא המשכיר חשיב הודאה שחודש העיבור

בכלל השכירות. ד. לרש"י פליגי מתי הוא לידת הספק. לשמואל לידת הספק הוא כשבא המשכיר, ואם הוא בא בסוף החודש הספק הוא לגבי התשלום ובוזו השוכר הוא מוחזק. ולר"נ אפי' בא בסוף לידת הספק הוא בתחילה והספק הוא לגבי הבית ובוזו המשכיר מוחזק שהבית בחזקתו. לג"י ולתוס' בב"ב מצד דיני תפיסה צריך להועיל התפיסה כיון דהוי תפיסה ברשות, אלא שלר"נ יש חסרון צדדי דהוי קרקע או משום דהוי שכירות. לרא"ש ולרש"י מצד דיני תפיסה לא צריך להועיל התפיסה ומה דמהני לשמואל הוא או משום הודאת המשכיר או משום שהספק הוא לגבי התשלומין.

ביאור מחלוקת ר"נ ושמואל לרש"י דפליגי מתי הוא לידת הספק הוא דשמואל ס"ל שהספק מתחיל רק כשתחילים לדון בפועל, דהיינו כשבא המשכיר ותובע את השוכר. ור"נ ס"ל שהספק מתחיל כשנולדו צדדי הספק אף שעדיין לא דנים ע"ז בפועל. ומצאנו מחלוקת בפוסקים בענין זה מתי הוא לידת הספק במרחץ. שהקונה"ס בכלל ג' אות ב' מביא שהתה"ד מוכיח שהרא"ש ס"ל דלא מהני תפיסה קודם שנולד הספק. וראיתו מהא דכתב הרא"ש בפ"ק דלא מהני תפיסה במרחץ לר"נ משום דתקפו כהן מוציאים מידו אף שהתפיסה במרחץ הוא לפני שנולד הספק. [וזה כמו שנתבאר לעיל שהרא"ש לא ס"ל שיש חסרון בתפיסת קרקע או בתפיסה של שכירות אלא דס"ל שאין תפיסה זו תפיסה ברשות והוי ככל תפיסה בספק דמוציאים מידו]. והש"ך בת"כ חולק וס"ל שמרחץ הוא תפיסה אחר לידת הספק אבל תפיסה קודם שנולד הספק מודה הרא"ש דמהני. ומביא הש"ך ראייה לדבריו מדברי הרא"ש כאן שכתב דלר"נ אע"ג דאתא בסוף החודש כולו למשכיר כיון שנולד הספק מתחילת החודש. ומוסיף הש"ך דמה שכתב הרא"ש שהספק נולד בתחילת החודש הוא לאו דוקא והכונה בתחילת השנה. וא"כ לא רק שאין ראיה התה"ד ראייה שמרחץ הוא תפיסה אחר לידת הספק ולכן כתב הרא"ש שלר"נ לא מהני תפיסה אלא מוכח מדברי הרא"ש איפכא שאם היה סובר שלא מהני תפיסה קודם שנולד הספק למה צריך הרא"ש לומר שלא מהני תפיסה הכא מפני שהספק נולד בתחילת החודש. אלא מוכח דס"ל שאם לידת הספק היה בסוף החודש היה מועיל התפיסה והיינו משום דס"ל דמהני תפיסה קודם שנולד הספק.

הקונה"ס מסכים עם הש"ך שאין ראיה התה"ד מדברי הרא"ש ראייה אבל מה שכתב הש"ך שמוכח מדברי הרא"ש איפכא סובר הקונה"ס דאינו מוכרח שאפי' אם לא מהני תקשנה"ס צריך הרא"ש לומר שכאן לידת הספק הוא בתחילת החודש שאם לידת הספק הוא רק כשבא המשכיר אין הספק לגבי המרחץ אלא לגבי התשלומין ולגבי זה השוכר הוא מוחזק במעותיו. וזה כמו שנתבאר בדברי רש"י דשמואל ס"ל שלידת הספק הוא בסוף החודש והספק הוא לגבי הדמים. ור"נ חולק וס"ל שלידת הספק הוא בתחילת החודש ולכן הספק הוא לגבי הבית.

עכ"פ נחלקו התה"ד והש"ך אם לידת הספק במרחץ הוא כשבא המשכיר או בתחילת החודש. ולדברי רש"י בזה גופא נחלקו ר"נ ושמואל. ובעיקר הנידון אם לידת הספק הוא כשנולדו צדדי הספק או כשדנים ע"ז בפועל עיי' מה שכתבנו בס"ד בריש ב"ב דף ב.

יש לעיין בדברי הרא"ש שכתב שמה שלא מהני תפיסה לר"נ הוא משום דת"כ מוציאים מידו, אמאי מוציאים הרי זה תפיסה ברשות כמבואר בתוס' ובנ"י. וכן אמאי צריך להגיע לאודוויי אודי כדי לבאר את סברת שמואל אמאי לא כתב דמהני תפיסה לשמואל משום דהוי תפיסה ברשות. ואין נראה לומר שהרא"ש ס"ל שגם תפיסה ברשות לא מהני שהקונה"ס כתב בכלל ז' אות א' שתפיסה ברשות מהני לדעת כל הראשונים ורק הסמ"ג חולק על כלל זה והוא יחידא בזה ולא מצאנו לו חבר. ונראה שהרא"ש ס"ל שתפיסת השוכר במרחץ אינה תפיסה ברשות. שהקונה"ס בכלל ז' אות א' מביא בשם התה"ד דתפיסה ברשות הוא רק במקום שהבעלים נתנו את הממון לתופס על דעת שיהיה שלו, אבל נתן לפקדון והתופס מחזיק בזה לעצמו אין זה תפיסה ברשות. הגידולי תרומה חולק וס"ל שגם כה"ג הוי תפיסה ברשות, וראיתו מדברי הנ"י שכתב שתפיסת השוכר במרחץ הוא תפיסה ברשות אף שהמשכיר נתן לשוכר רק ל"ב חודש והוי כפקדון, והשוכר תפס מעצמו את חודש העיבור. ומביא הקונה"ס שהש"ך מישב קושיית הג"ת על התה"ד שמרחץ עדיף מפקדון דאף שעל הצד שאין חודש העיבור בכלל הוא לא קיבל חודש זה מהמשכיר מ"מ לצד שחודש העיבור הוא כן בכלל השכירות זה בכלל נתינת המשכיר והוי תפיסה ברשות. דהיינו שהש"ך מחדש דלא בעינן שלשני צדדי הספק יהיה התפיסה ברשות אלא סגי בזה שיש צד שהתפיסה היא ברשות, ולא דמי לפקדון שלשני הצדדים אין התפיסה ברשות.

ובדעת הרא"ש י"ל דס"ל כדברי תה"ד שנתנה של פקדון אינה תפיסה ברשות. וס"ל כקושיית הג"ת שלדברי תה"ד מרחץ לא נחשב תפיסה ברשות, ולית ליה תי' הש"ך דסגי במה שיש צד שזה ברשות, ולכן ס"ל שמרחץ אינו נחשב תפיסה ברשות ולכן לא מהני תפיסה לר"נ, ושמואל שחולק הוא מפני ששתיקת המשכיר היא כהודאה.

נמצא מחלוקת תה"ד והג"ת בגדר תפיסה ברשות דהתה"ד ס"ל שרק אם קיבל את הממון מן הבעלים כדי שיהיה שלו חשיב תפיסה ברשות, והג"ת ס"ל שגם אם נתן לו הבעלים לשם פקדון זה נחשב תפיסה ברשות כיון שהממון לא הגיע לידו ע"י מעשה תפיסה שהוא דרך גזילה אלא קיבל הממון מיד הבעלים. ועוד נחלקו הג"ת והש"ך אי בעינן שיהיה התפיסה ברשות לשני צדדי הספק או סגי בזה שיש צד שזה ברשות. ולמה שנתבאר נחלקו בזה הנ"י והרא"ש.

הדרכי משה בס' ש"ב כתב בשם שו"ת הרשב"א שהשוכר מלמד בשני דגרים לשנה, כל חודש בג' פשיטס, ונתעברה השנה אין האב משלם את חודש העיבור ולא דמי לבית דבחזקת המשכיר קיימא. ותמה הקצות שם סק"ה דכשם שהבית בחזקת המשכיר כך הפועל או המלמד בחזקתו קאי. וכתב הקצות שהרשב"א ס"ל שרק בבית לא מהני תפיסת השוכר כיון שהוא תפס מעצמו את חודש העיבור אין זה תפיסה ברשות, משא"כ תפיסת בעה"ב במלמד היא תפיסה ברשות שהמלמד נתן את הפעולה מדעתו והוי תפיסה ברשות. ודברי הקצות נכונים לדעת הרא"ש דס"ל שתפיסת השוכר במרחץ היא תפיסה שלא ברשות ודלא כתוס' והנ"י דס"ל דהוי תפיסה ברשות. וכ"ז תלוי במחלוקת התה"ד והג"ת כמו שנתבאר.

קרקע בחזקת בעליה קיימת. הר"ן בחידושו [הובא בשיטמ"ק] מקשה אמאי אזלינן בתר חזקת הקרקע ומכאן זה מוציאים ממון מהשוכר ניזיל בתר חזקת הממון של השוכר ויהיה המשכיר המוציא ועליו הראיה. ותי' הר"ן דאין ספק בחיובו של השוכר שהוא בודאי חייב י"ב זהובים לשנה, ואפי' את"ל שחודש העיבור הוא של השוכר מ"מ אם יניח המשכיר את השוכר לדור בתוכו י"ג חודש [כך מגיה הקונה"ס בכלל ז' אות ג' בדברי הר"ן], ולא כמו שכתוב בספרים י"ב חודש [יתחייב השוכר לשלם י"ב]. הקונה"ס מבאר תי' הר"ן דכיון שאם יניח את השוכר לדור גם בחודש העיבור יתחייב השוכר י"ב א"כ אין ספק לגבי חיובו של השוכר אלא רק לגבי הבית וע"ז איכא חזקת מ"ק למשכיר. ומדמה הקונה"ס ענין זה למה דמבואר בב"ב כ"ד: בספק

אם אילן קדם לעיר או שהעיר קדמה, שהדין הוא שקוצץ ואינו מקבל דמים. שחייב הקציצה הוא ודאי, ולגבי הדמים איכא ספק לכן הוא קוצץ ואינו נוטל דמים. וכן כאן חיובו של השוכר ודאי והספק הוא על זכותו בבית ולגבי זה אית ליה למשכיר חמ"ק. במה שמביא הקונה"ס מהגמ' בב"ב כ"ד: עיין מה שכתבנו בס"ד בב"ב שם.

דברי הקונה"ס בזה לכאורה אינם מובנים שמביא שהר"ן מקשה קושיתו על ר"נ ובר"ן מבואר שאין קשיתו על ר"נ אלא על שמואל. וכבר עמד בזה הקו"ש בב"ב ס"א: ע"ש. ומה שלא הקשה הר"ן על ר"נ הוא משום דסברת ר"נ הוא כמו שנתבאר לעיל בדעת רש"י שלידת הספק הוא בתחילת חודש העיבור אפי' שבא המשכיר בסוף החודש, ואז אין הספק על הדמים אלא על זכות שימוש בבית. ולגבי זה אזלינן בתר הזקת המשכיר, ואחר שנפסק שאין חודש העיבור בכלל השכירות אם רוצה לדור בחודש העיבור צריך להוסיף דמים. ורק על שמואל קשה לר"ן דס"ל שאם בא בסוף החודש כולו לשוכר כיון שהספק הוא על הדמים כמבואר ברש"י, ע"ז קשה לר"ן למה בבא בתחילת החודש הכל למשכיר ומשלם השוכר י"ג דינר, בשלמא מה שמשלם דינר על חודש העיבור נחא דלגבי חודש הזה הספק נולד לפני שדר בבית ואחר שהוכרע דין הבית ממילא משלם השוכר. אבל קשיא לר"ן אמאי משלם השוכר על הי"ב חודשים שכבר דר י"ב דינרים הרי על הצד שחודש העיבור בכלל י"ב דינרים הם בשביל י"ג חודשים ועל י"ב חודשים אינו חייב אלא י"ב פחות חלק אחד מי"ג, ואיך מוציאים מהשוכר י"ב דינר עבור י"ב חודש. ולגבי התשלום של י"ב חודשים זה נחשב כבא בסוף החודש שאחרי שכבר דר הספק הוא על הדמים ולא על הבית. וע"ז תי' דחיוב י"ב דינרים הוא ודאי שהרי בידו להניחו לדור י"ג חודש ודמי לגמ' בב"ב כמו שביאר הקונה"ס. ויש להוסיף דכיון שודאי נתחייב י"ב אף שיש צד שלא דר כל מה שמגיע לו הרי זה דומה לנפל הבית בתוך ימי השכירות שיש ראשונים דס"ל שמשלם גם על הזמן שלא דר כמו שיבואר לקמן ק"ג. וכן כאן כיון שהמשכיר מוציא כדין הרי זה כנפל הבית שאף שאינו דר משלם את כל השכירות.

והדברים לכאורה מוכרחים שאם שאלת הר"ן הוא על ר"נ כמו שמביא הקונה"ס בשמו אינו מוכן תירוץ הר"ן. שאם השאלה היא על ר"נ השאלה היא למה משלם י"ג עבור י"ג חודשים, וע"ז לא תירץ הר"ן כלום דחיוב י"ג דינר אינו ברור. אע"כ השאלה אינה על ר"נ דלדידיה לא קשיא כנ"ל ורק על שמואל קשה אמאי משלם על י"ב חודש י"ב דינר ולא פחות. וע"ז תי' הר"ן שפיר דהחיוב של י"ב הוא ודאי.

כור בלי סאה בסלע. ג' דרכים נאמרו בראשונים בהא דמהני תפיסה בסאה בסלע אף דקי"ל שבכל ספיקות לא מהני תפיסה. א. הג"י לעיל ו: וכן הריטב"א כאן כתבו דהוי תפיסה ברשות כיון שקיבל את הפירות מיד המוכר מדעתו ומרצונו. ב. השיטמ"ק כאן בשם תר"פ כתב דהוי תפיסה קודם שנולד הספק. והקונה"ס בכלל ד' אות ו' מבאר דבריו דס"ל שבספיקא דדינא אין הספק נולד בשעת מעשה דאין זה אלא ספק חסרון ידיעה, ולית הספק הוא רק כשבא לפני הדיין והוא מכריע שזה ספק. ולכן תפיסת הלוקח הוא לפני לידת הספק. ג. התוס' בכתובות ע"ו: בסוד"ה על בעל החמור כתבו דתפיסת הלוקח בסאה בלי נחשב תפיסה בטענת כרי דטוען הלוקח לכך אמרת לי ב' לשונות כדי שבאיזה שארצה אתפוס. דברי התוס' הובאו בקונה"ס בכלל ה' אות ב' ע"ש.

מה שהוצרכו התוס' ותר"פ לומר דהוי תפיסה קודם שנולד הספק או תפיסה בטענת כרי ולא כתבו כנ"י דהוי תפיסה ברשות הוא כמו שנתבאר לעיל בדברי הרא"ש דס"ל שמרחץ אינו תפיסה ברשות. וגם כאן מה שקיבל הלוקח את הפירות מן המוכר על הצד שהמכירה היא רק על כל הסאה ביחד אינו אלא נתינה של פקדון. והג"ת שמקשה על תה"ד מקשה גם מכאן. והתוס' בכתובות ותר"פ ס"ל כשיטת התה"ד שפקדון אינו תפיסה ברשות וס"ל כקושית הג"ת. ולכן ס"ל שכור בלי אינו תפיסה ברשות. והג"י שכתב דהוי תפיסה ברשות ס"ל או כג"ת שגם פקדון הוי תפיסה ברשות או כדברי השי"ך דסגי במה שיש צד שזה תפיסה ברשות.

שוכר אומר נתתי. הרמב"ם בפ"ז משכירות הי"ג כתב שאם תבעו בתוך ל' יום על השוכר להביא ראייה. וכתב המ"מ שלרמב"ם איירי בסתם שכירות שהוא ל' יום או בלי יום של הודעה. והרמב"ם גרס כן בגמ' כמו שכתב בהגהת הגר"א כאן. השי"ך בס' שיי"ז סק"ב מקשה על השו"ע שפסק כרמב"ם והרי בס' ע"ח פסק השו"ע כשיטת התוס' בב"ב ה: שבסתם הלואה ל' יום לא אמרינן אין אדם פורע בתוך זמנו. ולא כר"ן בפ"ב דכתובות והשיטה בב"ב ה: בשם הרשב"א שגם בסתם הלואה שהוא ל' יום אין אדם פורע בתוך זמנו. ונשאר השי"ך בצ"ע שפסקי השו"ע לכאורה סתרי אהודי. עיין מה שכתב בזה הקצה"ח שם סק"ב. ולכאורה נראה דלגבי שכירות אין לחלק בין שכירות עם זמן לסתם שכירות. שתמיד הזמן בשכירות אינו זמן לתשלום השכירות אלא הזמן הוא הזמן שקנוי החפץ לשוכר לשימוש. וכיון שאין שכירות משתלמת אלא לבסוף ממילא עד גמר הזמן של קנין השכירות לא הגיע זמן התשלום. וכיון שסתם שכירות הוא ל' יום א"כ יש לו זכות להשתמש בדבר ששכר ל' יום, א"כ ממילא אין השכירות משתלמת אלא בסוף הל' יום שהוא סוף השכירות. ובשלמא אם היה הנדון שטוען השוכר שהחזיר את החפץ ששכר בתוך ל' יום היה מקום לחלק בין אם קבע זמן בהדיא או שזה סתם שכירות שהוא ל' יום. אבל היכא שממשיך להחזיק בשכירות עד סוף ל' יום וטוען ששילם בתוך ל' יום הרי הוא טוען ששילם לפני גמר השכירות, ודמי ממש להיכא שקבעו זמן לשכירות וטוען ששילם בתוך הזמן. ורק לגבי מלוה שהזמן הוא זמן לתשלום המלוה יש לחלק בין קבע זמן בהדיא לסתם הלואה. ואה"נ אם שכר בית סתם ובתוך ל' יום יצא מן הבית וטוען שלא שכרו אלא לפחות מל' יום ושילם את השכירות יתכן שיהיה תלוי בנידון של סתם הלואה אבל אם ממשיך לדור בבית אין שכירות משתלמת אלא לבסוף ואין נ"מ בין זה לשכירות עם זמן מפורש.

תוד"ה בחזקת. כתבו שכאן גם המ"ד דס"ל שאדם פורע תוך זמנו מודה שאינו נאמן לטעון פרעתי שכאן אין הדרך שפורע בתוך הזמן דירא שמא יפול הבית המושכר או ביתו של המשכיר. ולגבי פדיון הבן כתבו שאינו משלם מפני שחושש שימות הבן. הרשב"א בב"ב ה: וכן השיטה שם בשם הראב"ד כתבו שאפי' אי לא חיישינן שמא לא יבא לידי חיוב אין שכירות ופדיון הבן דומים למלוה תוך זמנו, שבמלוה החוב קיים אלא שעדיין לא הגיע זמן הפרעון, משא"כ בשכירות עדיין ליכא חיוב על הזמן שלא דר ששכירות משתלמת מתחילה עד סוף, וכן בפדיון הבן ליכא חיוב לפני ל' יום, ואין אדם פורע לפני שנתחייב אפי' אם ודאי שעתיד להתחייב. ועיין מה שכתבנו בזה בב"ב שם. ולגבי ראית הגאון והקצות מתוס' זה שחולקים על רש"י דס"ל שמה שבנפל ביתו של משכיר הוא מוציא את השוכר הוא רק בלי יום של הודעה ולא בעיקר זמן השכירות עיין מה שכתבנו בס"ד לעיל ק"א: .

דף קג.

מאן דאוגר ביתא. כתב הנ"י בשם הר"ן שאם אין עידי שכירות נאמן השוכר לטעון שיש לו י' שנים במגו של לקוח. מבואר דפשיטא ליה דמהני מגו נגד חמ"ק כמו שכתב הש"ש ש"ד פכ"ד ע"פ התוס' בב"ב ל"ב: .

שואל אדם בטובו. שיטת רש"י דלשון בטובו משמע כל זמן שהוא טוב. וגם בלי קנו מידו יכול להשתמש בו כל זמן שצריך לו, וכשאינו צריך לו הוא חוזר לבעלים, וכשחוזר לבעלים כלתה הקנין שקיבל במשיכה הראשונה ואינו חוזר לשואל כשיצטרך שוב. והיכא דקנו מידו גם אם חזר לבעלים חוזר שוב לשואל כשיצטרך. הנ"י מביא שיש מן האחרונים שהקשו על רש"י אמאי לא מהני משיכה לקנות קנין שאלה לכל זמן שיצטרך ולמה בעינן דוקא קנו מידו כדי שיחזור לשואל אחרי שחזר לבעלים. ועוד צ"ב למה עדיף קנו מידו ממשיכה לענין זה וכמו שבטל קנין המשיכה כשחוזר לבעלים כך יבטל הקנין סודר. וכתב בזה הנתיבות בס' שמ"א סק"ב דרש"י ס"ל שגם כשאומר בטובו אין זה שואל לו לעולם אלא רק כ"ז שהוא צריך. וכשחוזר לבעלים פסקה השאלה הראשונה, וכשחוזר ולוקח זה שאלה חדשה, וצריך לזה קנין חדש. ומה שקנין סודר כן מועיל מבאר הנתיבות וז"ל כשקנו מידו איכא חיוב הגוף לחזור ולהשאל לו כ"ז שיצטרך אף אחר החזרה עכ"ל. דהיינו שהקנו מידו אינו קנין אלא התחייבות להשאל, וזה מחייב את המשאל לחזור ולהשאל אחרי שחזר אליו. והתחייבות אפשר לעשות רק ע"י סודר ולא ע"י משיכה.

הרמב"ם בפ"א משאלה ה"ח כתב שאם אמר המשאל השאילני דבר פלוני בטובתך כלומר אין אתה משאל לי דבר זה כדרך כל המשאלים אלא כפי טובת לבך ונדיבותך שאין אתה מקפיד על הזמן אם ארך אם קנו מיד המשאל ע"ז הרי השואל משתמש בו לעולם. וכן מפרש הר"ף דלשון בטובו משמע בטובתך. הרא"ש תמה על פירוש זה וכי מפני מילה זו שאמר בטובו או בטובתך יהיה משמע שמשאל לו לעולם. ועוד אם זה משמעות הלשון אמאי בעינן קנו מידו. וכתב הב"י בס' שמ"א שקושיית הרא"ש הוא רק על הר"ף שאין המשאל אומר אלא השאילני בטובתך אבל לרמב"ם שאומר בטובת לבך ושאל אתה מקפיד על ארך הזמן לא קשיא קושיית הרא"ש. ועיין בלח"מ שתמה על דברי הב"י דכל אריכות לשון הרמב"ם אינו לשונו של המשאל שהוא אינו אומר אלא השאילני בטובתך, וכל דברי הרמב"ם אינם אלא הסבר לדברי המשאל ופירוש של בטובתך. ועל שאלת הרא"ש כתב הלח"מ שמה שצריך את הקנין הוא מפני שהקנין מחזק את הענין יותר. דהיינו שבלי הקנין לא היינו מפרשים בטובתך שאלה לעולם, אבל כיון שעשה קנין לטפויי אתא וזה גורם לפרש את הלשון בטובו כמו שמפרש הרמב"ם. וכן מבואר בשיטה בשם הראב"ד וז"ל כי מאחר שקנה ממנו ע"ז ודאי על זמן ארוך קנה מידו עכ"ל. וא"כ ב' שאלות הרא"ש מתישבים אחת בחברתה. ולרמב"ם ולר"ף בלי קנו מידו לא יהיה מושאל לעולם אפי' שלא חזר לבעלים ולא כרש"י.

הנ"י מביא שנחלקו הראשונים אם בזמן שאין השואל משתמש חוזר הכלי למשאל או לא, שיש צד לומר שהשואל מעכב על המשאל מלהשתמש שמה יפגם הכלי ולא יהיה ראוי לשימוש של השואל כשיצטרך. ועיין בשיטה בשם הראב"ד שמסופק בזה. וברש"י מבואר שבזמן שאין השואל משתמש חוזר הכלי למשאל. ועוד מביא הנ"י שנחלקו הראשונים אם נשבר הכלי אם יכול השואל לתקן כדי שיוכל להמשיך להשתמש או שחוזר למשאל כיון שכבר אינו בטובו. הרמב"ם כתב בהדיא שאינו יכול לתקן והראב"ד שמוכר בשיטה כתב בשם י"מ שיוכל לתקן.

הריטב"א כתב פשט אחר בשואל אדם בטובו דאף ששאל מחמת טובה שעשה לו ואין זה כל הנאה שלו והיה צריך להיות לו דין שוכר ולא שואל מ"מ כיון שאמר לשון שאלה וקנו מידו דינו כשואל ולא כשוכר ע"ש.

והוא דקני מיניה. הא דבעינן קנו מידו נזכר בגמ' לגבי שואל בטובו וכן לגבי בי גרגותא. הקצה"ח בס' קצה"ח סק"ח מקשה מכאן על הסוברים ששכירות ושאלה אינם נקנים בסודר [עיין תוס' לעיל י"א:]. וכתב הקצות שמשואל בטובו לא קשיא שמה שלא מהני סודר בשאלה הוא מפני שאינו קונה את גוף החפץ אלא רק שימושיו, וזה בכל שאלה שאינו יכול לכלות את הגוף, אבל כאן שמשתמש בו עד שכלה הגוף יש לו קנין בגוף וזה נקנה בסודר. ואכתי קשה מבי גרגותא דשם זה ככל שאלה ואעפ"כ הוא נקנה בסודר. הנתיבות בסק"ד כתב דכל מה שלא מהני סודר בשאלה הוא רק בשאלת קרקע שאינו מכלה את הגוף אבל שאלת מטלטלין אפי' כשלא שאל בטובו הוא קנין בגוף שבכל שימוש במטלטלין נפחת הגוף ונקנה בסודר. וגם מבי גרגותא כתב הנתיבות דלא קשיא דבעלמא אין רשות לשואל לחפור בורות בגוף הקרקע אלא רק להשתמש בקרקע כמו שהוא וזה לא קנין בגוף משא"כ כאן ששאל כדי לחפור בורות יש לו קנין בגוף ושפיר נקנה בסודר.

לפי מה שכתב הנתיבות בס' שמ"א שהוכח לעיל בדעת רש"י שהקנו מידו כאן אינו קנין אלא התחייבות בל"ה לא קשה קושיית הקצות דמה שיש ראשונים דס"ל שאין שכירות ושאלה נקנים בסודר היינו רק לענין קנין השאלה עצמו אבל כאן אין זה קנין שאלה אלא התחייבות להשאל ולענין התחייבות אין נ"מ בין אם מתחייב ממון או מתחייב להשאל ממון. ודברי הנתיבות בס' קצה"ח שדן בדברי הקצות הם קצת סתירה לדבריו בס' שמ"א שלדבריו שם אין מקום לקושיית הקצות כלל.

הקצות בס' קצה"ח כשמקשה מבי גרגותא כתב שאין לדחות דקנו מיניה אינו קנין סודר אלא קנין חזקה דחזקה לא שייך גבי בי גרגותא שמבואר בגמ' שאם לא מצא מים במקום הראשון חופר במקום אחר עד שימצא, והחזקה שעשה במקום הראשון לא יכול לקנות במקום אחר כיון שבמקום הראשון לא קנה כלום וע"כ שהקנין הוא בסודר ומוכח דמהני סודר לשאלה. ומה דפשיטא ליה לקצות שאינו יכול לקנות בחזקה שעשה במקום הראשון את המקום השני אף שקונים ע"י חזקה י' קרקעות ב' מדינות היינו דוקא כשקונה גם במקום שעשה שם את החזקה, אבל כשאינו קונה את המקום שבו עשה את החזקה אינו יכול לקנות ע"י במקום אחר. אמנם בדברי הנ"י כאן מבואר שלא כדברי הקצות. שפשוט להנ"י שקנו מידו שנזכר כאן הוא סודר ולא חזקה. ומבאר הנ"י שאם עושה חזקה בסתם אינו קונה בזה אלא המקום שבו החזיק משא"כ בסודר שאינו קנין בגוף הקרקע הוא קונה ע"י הסודר קנין לחפור בכל הקרקע כיון שאמר לשון בי גרגותא. ומוסיף הנ"י שאם קנה בחזקה ופירש שע"י חזקה זו הוא רוצה לזכות בכוליה עד דמתרמי ליה גרגותא מהני ולא בעינן קנו מידו. מפורש שגם קנין חזקה יכול להועיל לזה ולא כהקצות.

ומה דפשיטא ליה לקצות שאם אינו קונה במקום שהחזיק אינו יכול לקנות ע"י חזקה זו במקום אחר כן משמע בב"ב נ"ג: אך מדברי הרשב"ם בב"ב פ"ז. מוכח שיוכל לקנות ע"י חזקה במקום אחד במקום אחר אף שאינו קונה במקום שהחזיק. ועיין במה שכתבנו בזה בס"ד בב"ב נ"ג: ופ"ז. אך נראה שאפשר להבין דברי הנ"י כאן אפי' אם נאמר שלא מהני חזקה לקנות במקום אחר כשאינו קונה מקום שהחזיק שהקצות נקט שאם לא מצא מים במקום הראשון הוברר שלא קנה כלום במקום זה. ולכאורה

אין זה מוכרח שהקנין שלו הוא בכל קרקעותיו של המשאיל שכולם מושאלים לו לחפש בתוכם בי גרגותא. וגם כשלא מצא מים במקום הראשון לא בטל הקנין שעשה שם. ולכן שפיר סובר הנ"י שצ"י חזקה במקום אחד הוא קונה קנין בכל מקום, ומה שצריך קנו מידו הוא רק משום שאם קונה בחזקה בסתם אין דעתו לקנות אלא במקום שהחזיק.

נמצא דמה דבעינן קנו מידו לענין שואל בטובו לרש"י הוא כדי שיועיל הקנין לאחר שחזר לרשות המשאיל. ולרמב"ם כדי לחזק משמעות לשון בטובו שיתפרש לעולם. ולגבי גרגותא לנ"י משום דסתם חזקה אינו אלא למקומו, ולקצות מפני שאינו יכול לקנות ע"י חזקה שעושה כאן במקום אחר כיון שאינו קונה במקום שהחזיק. ויוצא מחלוקת הנ"י והקצות אם קנינו הוא בכל נכסי המשאיל או רק במקום הגרגותא.

תוד"ה פרדיסי. הרמב"ם בפ"א משאלה ה"ז מחלק בין לשון פרדיסיי שמשמע פרדיסים שלי שבזה הכונה כל פרדיסים שלו אפי' יותר משנים ללשון פרדיסים שהוא לשון רבים בלי משמעות שהפרדיסים שלו ובוה מיעוט רבים ואינו משתמש אלא לב' פרדיסים. ומיושב בזה קושית התוס'. עיין בזה במ"מ ולח"מ שם.

וכ"ת לא מקרי שואל מוחזק וכו'. התוס' כאן באו לאפוקי ממה שפרשו התוס' בב"ב ס"א: שמה שלא מהני תפיסת השוכר לר"נ הוא משום דסופו לחזור למשכיר. וכתבו שאין זה טעמו של ר"נ אלא טעמו כמו שכתב הנ"י לעיל ו': דר"נ ס"ל דלא מהני תפיסה בקרקע אבל במטלטלין מהני אף שאין זה אלא שכירות וסופו לחזור. המל"מ בפט"ו מט"ו הי"א ד"ה והואיל כתב בשם הראנ"ח שהמלוה לחברו ויש ספק בזמן הפרעון על הלוה להביא ראיה שעדיין לא הגיע זמנו ואם אינו מביא ראיה עליו לשלם. ולא אמרינן שהממון בחזקת הלוה ועל המלוה להביא ראיה מפני שממון זה סופו לחזור למלוה והוי בחזקתו. וכתב ע"ז המל"מ שדברי הראנ"ח הם נגד מסקנת התוס' כאן שדחו סברא זו. וכתב הקצה"ח בס' מ"ב סק"ב דאמנם התוס' כאן דחו סברא זו אבל התוס' בב"ב ס"א: כתבו כסברת הראנ"ח. אך מקשה הקצות על הראנ"ח מטעם אחר שמה דס"ל לתוס' בב"ב שבדבר שסופו לחזור לא מהני תפיסה היינו בפקדון שהוא ממון של המפקיד אבל מלוה דלהוצאה ניתנה הממון שייך ללוה עד הפרעון בודאי שהממון בחזקת הלוה אף שסופו להגיע למלוה.

הקונה"ס בכלל ד' אות ד' מסתפק אם מה שכתבו התוס' שמודה ר"נ בשכירות מטלטלין הוא דוקא בבא בסוף החודש, ומאי דס"ל לשמואל בקרקע שמהני תפיסת השוכר סובר ר"נ במטלטלין. אבל בבא בתחילת החודש שעדיין לא תפס השוכר את חודש העיבור גם במטלטלין הממון בחזקת המשכיר ועל השוכר להביא ראיה, או דלמא במטלטלין הממון הוא בחזקת השוכר כבר מתחילת השכירות ואפי' בא המשכיר בתחילת החודש על המשכיר להביא ראיה. ונראה דבספק זה נחלקו הראנ"ח והמל"מ. שניידון דהראנ"ח שיש ספק בזמן הפרעון דמי לבא בתחילת החודש שהספק הוא אם יש ללוה זכות להמשיך ולהחזיק בממון או שחייב לפרוע מיד. וסובר הראנ"ח שכל מה שדחו התוס' סברא זו דסופו לחזור הוא רק לענין שאם בא המשכיר בסוף החודש מהני תפיסת השוכר במטלטלין אף שסופו לחזור. אבל לגבי בא בתחילת החודש שעדיין לא תפס השוכר מודה התוס' שאין הממון בחזקת השוכר וזה בגלל הסברא של סופו לחזור כמבואר בקונה"ס שם. ורק לגבי זה כתב הראנ"ח את הסברא של סופו לחזור. ולענין זה אין סתירה לדבריו ממסקנת התוס' כאן. ואין צורך לומר שהראנ"ח אזיל בשיטת התוס' בב"ב. והמל"מ והקצות שכתבו שדברי הראנ"ח הם דלא כתוס' כאן הוא משום דס"ל ששכירות מטלטלין לר"נ עדיף מקרקע לשמואל ובוה הממון בחזקת השוכר אפי' כשבא המשכיר בתחילת החודש. דהיינו שהראנ"ח והמל"מ פליגי בספק של הקונה"ס. אך זה מישב רק את שאלתו של המל"מ שדברי הראנ"ח נסתרים ממסקנת התוס' כאן, ואכתי קשה מה שמקשה הקצות שאין לדמות מלוה לפקדון לענין זה.

הקונה"ס שם כתב לפשוט ספקו מדברי התוס' כאן שכתבו שמטלטלין הם ברשות השוכר לגבי הספק של פרדיסי אם היינו ב' פרדיסי או כולו פרדיסי. והכא איירי לפני שרפק ודמי לבא בתחילת החודש. ומוכח דמטלטלין לר"נ עדיף מקרקע לשמואל ואפי' בא בתחילת החודש הוא בחזקת השוכר, וא"כ שוב יהיה סתירה מדברי התוס' לדברי הראנ"ח. אך נראה לכאורה שאין ראיה זו מוכרחת שלגבי הספק אם חודש העיבור בכלל השכירות וכן לגבי ספק בזמן הפרעון של הלוה הספק הוא לכמה זמן ניתן לו ממון זה, וכל זמן שלא הגיע הזמן שעליו הספק עדיין הוא לא תפס את הממון המוטל בספק. משא"כ כאן אין ספק על הזמן אלא ששאל כלי ויש ספק לאיזה שימושים הוא קיבל את הכלי. ועל הצד שקיבל כדי לעדור בו כולו פרדיסי זה כבר קנוי לו לזה מעכשיו ואין התפיסה בזה כשמשמש בפועל אלא מיד. וא"כ שפיר דמי לבא בסוף החודש ורק בזה כתבו התוס' דמהני תפיסת השוכר במטלטלין. וא"כ אין שום סתירה מדברי התוס' לדברי הראנ"ח. ולא קשיא עליה אלא קושית הקצות שאין לדמות מלוה לפקדון. ע"ע מש"כ בס"ד בדברי הראנ"ח בגיטין ס"ג: על הגמ' של ספק ממונא לקולא ובב"ב כ"ד: על הא דקוצץ ואינו נותן דמים.

המשכיר בית לחברו ונפל. מבואר בגמ' דבבית זה אין על המשכיר חיוב להעמיד לשוכר בית אחר. שיטת הרמב"ן שאין השוכר משלם שכירות אלא על הזמן שהבית היה קיים והיה אפשרות לדור בו אבל על הזמן של אחר הנפילה אינו משלם. וכן מוכח מדברי התוס' לעיל ק"ב: ד"ה בחזקת ולקמן קט"ז: ד"ה אי וכן מבואר ברמב"ם פ"ה משכירות ה"ו. הריטב"א בשם הרא"ה חולק וס"ל דכיון ששכירות הוא ממכר ליומא הוא קנה את הבית לכל זמן השכירות וחייב לשלם את כל השכירות אף שנפל הבית כמו שלוקח בית מחברו ונפל הבית לפני ששילם שחייב לשלם כל דמי המקח דשלו נפל. וכתב בקובה"ע ס' נ"ג אות ג' שהרא"ה ס"ל שתשלומי השכירות הם עבור הקנין וכיון שקיבל קנין חייב לשלם אף שאינו דר בבית. והרמב"ם ס"ל שהתשלום הוא עבור השימוש, דהיינו שקנין השכירות הוא זכות להשתמש עבור תשלום, והתשלום אינו עבור הקנין אלא עבור ההשתמשות, ואם אין הבית ראוי לשימוש אינו משלם.

הרמ"א בס' של"ד סע' א' מביא מחלוקת בשכר בית ומת השוכר בתוך זמן השכירות והניח אחריות נכסים אם גובים את השכירות של הזמן שאחר מיתתו או לא. שהמרדכי בפרק האומנין כתב שאינו משלם על הזמן שלא דר והרשב"א בתש' חולק. ולכאורה זה תלוי במחלוקת הנ"ל שלרמב"ן שמשלם עבור ההשתמשות אם אינו יכול להשתמש אינו משלם, והרשב"א ס"ל כרא"ה שמשלם עבור הקנין ואפי' אם אינו ראוי לדור אינו נפטר מתשלומי השכירות. [אמנם יש לחלק בין נפל הבית שהעיקוב הוא מצד המשכיר למת השוכר שהעיקוב הוא מצד השוכר].

רע"א בס' שמ"א סע' ג' מסתפק בשוכר שמת בתוך זמן השכירות שהיורשים משתמשים בה כל ימי השכירות אם חייבים היורשים לשלם שכירות עבור מה שהם משתמשים כשלא הניח אביהם אחריות נכסים. ומבאר רע"א את צדדי הספק די"ל דאף

שהם יורשים את זכות ההשתמשות מאביהם מ"מ גם לאביהם לא היה זכות השתמשות בחנם אלא עבור תשלום וגם הם יורשים זכות השתמשות עבור תשלום. או דלמא התשלום הוא בשביל הקנין והאב התחייב כבר את כל דמי השכירות בתחילת השכירות והבנים יורשים את הקנין של אביהם ואינם משלמים את החוב של אביהם אם לא הניח אביהם אחריות נכסים. וגם ספק זה תלוי במחלוקת הרמב"ן והרא"ה אם בנפל הבית השוכר משלם על הזמן של אחר הנפילה או לא. ומביא רע"א ראייה מהרשב"א בתש" שבעה"ג הבנים משתמשים ואינם משלמים שכירות. והרשב"א שמביא רע"א הוא אותו רשב"א שמביא הרמ"א הנ"ל וזה כמו שנתבאר שהרשב"א ס"ל כרא"ה שהתשלום הוא עבור הקנין. וכן מביא רע"א שהריטב"א בכתובות ל"ד: כתב בהדיא שהבנים משתמשים ואינם משלמים, והריטב"א לשטתו שכתב כאן בשם הרא"ה שבנפל הבית משלם השוכר את כל השכירות מפני שהתשלום הוא בשביל הקנין ולכן ס"ל נמי התם שאין הבנים משלמים.

נמצא דאיכא ג' נ"מ מספק זה בגדר תשלומי השכירות אם הוא עבור הקנין או עבור ההשתמשות. א. נפל הבית אם משלם על הזמן שלא דר בבית או לא. ב. מת השוכר והניח אחריות נכסים אם משלמים מנכסיו את הזמן של אחר מיתתו. ג. מת השוכר וירשו בניו את זכות ההשתמשות האם משלמים שכירות או לא. ורע"ע בענינים אלו בקונה"ס כלל ז' אות ה' ובאבנ"מ ס' כ"ח סקמ"ו ובקובה"ע ס' נ"ג אות י"א ובקה"י ס' מ"ו.